25. 28

POR

EL Sr. CAPITAN DE CABALLOS D. BARTHOLOME de Casabuena y Mesa, Juez Superintendente del Juzgado, y Comercio de Indias en estas Islas por su Magestad, y su Secretario.

EN LOS AVTOS CON

EL DOCTOR D.PEDRO DE LA TORRE, AVOGADO DE LOS Reales Consejos,y Venerable Cura de la Parochial del Lugar de Tacoronte, D. Francisco Chrysostomo de la Torre, Thesorero General de la Real Hacienda,Administrador de la renta,y hacienda del Hospital Real de Nra. Sra. de los Dolores de esta Ciudad, Albacea Testamentario, y Tenedor de los bienes de D.Bernardo de Tau:y con D.Christoval de Carriasso, Presbytero Capellan del dicho Hospital.

PRETENDE

DICHO SEñOR DON BARTHOLOME DE CASABVENA, que sin embargo de las contradicciones hechas por los susodichos, se le mantenga, y ampare en la possesion judicial, que tiene aprehendida de unas tierras en dicho Lugar de Tacoronte, y se le apremie al dicho D.Francisco, y à D.Christoval,

PARA QVE

LE OTORGVEN ESCRIPTURA DE REDEMPCION DEL TRIbuto de docientos ducados,que pagaba à dicho Capellan de la Heredad de Viña en el pago de Zamora, y unas tierras, donde dicen Higa.

POR

EL Sr. CAPITAN DE CABALLOS D. BARTHOLOME
de Cabuena y Mella, Juez Superintendente del Juzgado,
y Comercio de Indias en estas Islas por su Magestad,
y su Secretario.

EN LOS AUTOS CON

EL DOCTOR D. PEDRO DE LA TORRE, ABOGADO DE LOS
Reales Consejos y Venerable Cura de la Parroquial del Lugar de Tacoron-
te, D. Francisco Barrio Romo de la Torre, Thesorero General de la Real
Hacienda, Administrador de la renta y hacienda del Hospital Real de Nra.
Sra. de los Dolores de esta Ciudad, Abacea Testamentario, y Tenedor de
los bienes de D. Fernando de Tapia con D. Christoval de Carmago,
Presbytero Capellan del dicho Hospital.

PRETENDE

DICHO SEÑOR DON BARTHOLOME DE CASABUENA, que sin embargo de las contradicciones hechas por los suplicados, se le mantenga, y ampare en la posesion judicial, que tiene aprehendida de unas tierras en dicho Lugar de Tacoronte, y se le apremie al dicho D. Francisco, y á D. Christoval.

PARA QUE

LE OTORGUEN ESCRIPTURA DE REDEMPCION DEL TRI-
buto de doscientos ducados, que paga á dicho Capellan de la Here-
dad de Viña en el pago de Zamora, y unas tierras,
donde dicen Higa.

ESPECIES.

PARA LA MAYOR COMPREHENSION DE ESTE papel, pongo à la letra la clausula del Testamento del dicho Don Bernardo de Tau, que es como se sigue.

CLAUSULA.

Num. 1. ITEM DECLARO, QVE YO hice donacion al dicho Capitan de Cavallos Don Bartholomè de Casabuena de una heredad de viña en el pago de Zamora, y unas tierras, donde llaman Higa, como parecerà por la escriptura de donacion, que otorguè ante Don Francisco Geronymo Xuares en este presente año, y con la obligacion de pagar 2ℋ200. reales al Capellan de la Capellania, que fundè en este Hospital, que oy sirve el Licenciado Don Christoval de Carriazo, en cada un año, y conque se puede redimir con 73ℋ334. reales: Y porque mi animo es, que esta dicha imposicion sea cierta, segura, perpetua, y pagadera, desde ahora para quando llegue el caso de dicha redempcion, impongo, situo, y señalo el principal de dicha Capellania, y su redito en cada un año en las tierras todas, que tengo, y llevo declaradas en este mi testamento, las quales gravo, obligo, è hypotheco, para seguridad de dicha Capellanir, sin que se puedan vender, ni enagenar sin esta carga: Y si el dicho Don Bartholomè de Casabuena, haviendo exhibido el principal de dicho tributo, quisiere posseer, y gozar las tierras con esta carga, mando, que se le den, y entreguen de ellas hasta en cantitad, que valgan los dichos 73ℋ334. reales, segun, y à los precios, que las comprè, obligandose à pagar perpetuamente 2ℋ200. reales en cada un año al Capellan, que es, ò fuere de ella; y no aceptandolas con esta carga, las goze, y possea el dicho Hospital con ella, pagando à el Capellan, el Administrador que fuere de mis bienes; y los dichos 73ℋ334. reales de dicha redempcion vengan al cuerpo de mis bienes; y en quanto no se exhibieren de contado, è hiciere dicha redempcion, goze el usufructo de dichas tierras el dicho Administrador, que fuere de mis bienes, para gastarlos en la curacion, y alimentos de los pobres,

2. Supongo tambien, que nombrò por sus Albaceas Testamentarios al Licenciado Don Balthasar Delgado, Venerable Beneficiado, Rector, que fue, de la Parochial de Nuestra Señora de la Concepcion de esta Ciudad de la Laguna, à Don Juan Manuel Caravajal, y à dicho señor Don Bartholomè de Casabuena, y à Don Francisco Chrysostomo de la Torre insolidum, y los nombra por Tenedores, y Administradores de todos sus bienes à todos quatro juntos, y à cada uno de por sì insolidum, por falta de los otros, y despues nombrò por su Albacea por su codicilo al dicho Don Christoval Carriazo.

3. Supongo la segundo, que quando el dicho Don Bernardo de Tau comprò dichas tierras, donde se ha de subrogar la Capellania, y de que tiene aprehendida possession dicho señor Don Bartholomè, le pusieron sus dueños el pacto de retrovender, para que cada vez, y quando, y en qualquiera tiempo, que ellos, ò sus herederos volviessen el dinero, se les restituyessen las dichas tierras.

4. Supongo lo tercero, que usando dicho señor Don Bartholomè de Casabuena de la facultad que le confiriò el Testador, saliò ante el Sr. Vicario de esta Ciudad exhibiendo dichos 73ȳ334. reales, principal de dicha Capellania, para que los Albaceas del dicho Don Bernardo de Tau le otorgassen escriptura de redempcion, y quedassen libres la viña de Zamora, y tierras de Higa, y juntamente pidiò, que se le diesse possession de las tierras de Tacoronte en lo equivalente à dicha cantidad; porque las aceptaba con la misma carga para pagar dicha Capellania, y que volviesse, ò fuesse al cuerpo de bienes los dichos 73ȳ334. reales exhibidos. Mandò el señor Vicario, que se numerasse dicha cantidad, se depositasse, y se le notificasse à Don Francisco, y demàs Albaceas otorgassen la escriptura de redempcion entregandose de ella, y que se le diesse possession de dichas tierras en lo equivalente à dicho señor Don Bartholomè. Y haviendo precedido la numeracion, el deposito (que primero se mandò hacer en el mismo señor Don Bartholomè, por la conformidad que se discurriò con el dicho Don Francisco, y por su escusa en el mismo Don Francisco, y por la escusa de este en el Capitan Don Amaro Rodriguez Phelipe) y la notificacion à dicho Don Francisco, para la entrega, y otorgacion de la redempcion, aprehendiò la possession de dichas tierras el dicho señor Don Bartholomè en lo equivalente, como estaba mandado.

5. Supongo lo quarto, que sabiendo el dicho Doctor Don Pedro de la Torre, arrendatario, que era de parte de dichas tierras de este exhibo del referido señor Don Bartholomè, y que havia de aprehender dicha possesion, obtuvo cesion de el derecho de retrovender de uno de los herederos de los vendedores à Don Bernardo, que se lo cediò por nueve años, y saliò exhibiendo su valor, y que se le diesse ciencia al dicho señor Don Bartholomè, y contradixo con este titulo dicha possesion aprehendida, y tambien la contradixo el referido Don Francisco, y moviò al dicho Don Christoval para que tambien saliesse al pleito, hallanandose à que las lleve su pariente el referido Don Pedro, porque no las goze el dicho señor Don Bartholomè. Las razones que dàn los Contradictores, se veràn en sus lugares: por no hacer mas prolixo, y fastidioso el Hecho, y passo primeramente à fundar, que

§. I.

ES MANUTENIBLE LA POSSESSION APREHENDIda por dicho señor Don Bartholomè.

6. HAVIENDO DICHO Sr. DON BARTHOLOME cumplido con la condicion del Testador, exhibiendo los 73 ℔ 3 3 4. reales, principal de dicha Capellania, quedò esta impuesta, segun su disposicion, en todas las tierras que tenia, y dexaba; y siendo tambien voluntad expressa del mismo Testador, que exhibido dicho principal por el señor Don Bartholomè, gozasse en su equivalente las dichas tierras, no cabe duda en lo recto de haverse mandado por el señor Vicario se le diesse la possession, y en lo legitimo de su aprehension, y amparo; porque la voluntad del Testador se debe observar, executar, y cumplir con la mas prompta exactitud, cuyo principio es tan verdadero, que no solo tiene la mayor recomendacion en todo Derecho, *cap. Vltim. voluntas. 13. quæst. 2. §. D sponat. de nupt. leg. Cum antiquitas. 28. C. de Testam.* ibi: *Sic enim, & naturæ medemur, & mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.* Et in Authent. de Eccles. *tit. §. Siquis ædificationem.* ibi: *Jubemus modis omnibus.* Con otros muchos que junta Carpio *de execut. lib. 3. cap. 4. num. 1.* Sino que hasta el Philosopho lo conociò en sus Problemmas, *part. 29. problem. 9.* ibi: *Jubandum est enim hominibus vita functis justiusque eis opem ferre.* Conduciendo tambien lo del Apostol, *ad Galat. cap. 3.* ibi: *Tamen*

men hominis confirmatum teſtamentum nemo ſpernit, aut ſuperordinat. Y como dice el Juriſconſulto Paulo *in leg. vel negare 5. quemadmod. teſtam. Aperiant: publicè expedit ſuprema hominum judicia exitum habere.* Y aſsi concluye el miſmo Carpio, *ubi ſupra num. 2.* que la voluntad ultima de los Teſtadores ſe debe obſervar, como ſi fueran leyes. *Unde eſt* (ait ille) *ut modis omnibus voluntates ultimæ obſervari debeant ſiquidem ex prædicta facultate conceſſa Teſtatoribus, ut libere de bonis ſuis, conditionibus, & modis licitis diſponere valeant conſequenter ſequitur, ut leges obſervandas eſſe.*

7. Bien sè, que aunque todos eſtos principios ſon tan ciertos, ſe dificultan dos coſas entre los Authores: la primera, ſi los legados puedan *ex vi Teſtamenti* pedirſe por via executiva; y la ſegunda, ſi los legatarios tengan interdicto, ò remedio poſſeſſorio para aprehender poſſeſsion de la coſa legada, en cuya virtud pueda el Juez darles la immiſsion?

8. Y aunque en quanto à lo primero eſtàn opueſtos Angelo, y Alexandro, que ſon los capitales en eſte punto; porque Angelo *in authent. de hæred. ea falcid. §. Illud.* ſiguiò, que el Legado debia pedirſe executivamente. Y Alexàd. en la *ley Si cum dotem.* lleva, que ſolo ſe puede pedir por via ordinaria; y aſsi, ay por una, y otra parte muchos, y graves Authores, que recopilò el ſeñor Vela *tom. 2. diſcept. 42. num.* 8. Lo màs cierto, y practicado es, que precediendo la interpelacion, ſe debe proceder executivamente. Y eſto es lo que en la practica de todos los Tribunales ha prevalecido, como notò el miſmo ſeñor Vela *ubi ſupra al num.* 44. ibi: *Cæterum prior, quæ illi ſolo præcepto deſolvendo præmiſſo executionem tribuit, frequenti judiciorum uſus Magis increbuit, adeoque cum in conflictu opinionum illa Magis amplectenda ſit, cui conſuetudo, & judiciorum praxis opitulatur, prior illa ſententia uſu Magis recepta omnino ſequenda eſt.* Y aſsi no puede haver duda, en que el legado merece via executiva en la expreſſada forma, y ſegun dicha practica, como lo ſienten, y prueban Diego Perez *ad ordinam. leg. 1. tit. 2. lib. 5. ordinam. fol. mihi* 91. 2. *tom.* Azeved. *leg. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 20.* verſ. *Otras qualeſquier eſcripturas.* Ayllon ad Gom. 1. *var. cap. 12. num. 9.* verſ. *Item adde.* Aviles *in cap. Prætoru. 10.* verb. *Execut. num.* 8. Gratian. 1. *part. diſcep. for. cap. 62. num. 16.* con Spino, y Prætis, Mieres *de Majorat. 1. part. qu. eſt. 52. num. 73.* Pegas *reſol. for. cap. 1. num. 29.* verſ. *Sublimita, 9.* Regens Joan. Franciſc. San Felicio *deciſ. 204. num. 2.* Moſtazo *de cauſis piis, lib. 1. cap. 12. num. 2.* Bolaños en ſu Curia, 2. *part. §. 7. num. 2.* Villadiego en ſu Poli-

litica, *cap. 2. n.65.* el señor Castillo *lib.3. controv. cap.24. sub num.* 24. con Parladorio, Paz, Pichardo, è infinitos, que estos citan.

9. El Card. de Luc. *de Legatis, disc. 6. num.* 5. no solo sigue esta sentencia, que el legado merece via executiva, sino que la funda con la elegancia, y solidèz, que suele, diciendo, que no puede haver duda en ella, quando el legado es cierto, y con ninguna excepcion elidible, y la contencion es entre heredero, y legatario, que lo son por un mismo testamento; porque entonces, dice, no tiene lugar la razon de la opinion de Alexand. que el heredero sea legitimo contradictor; porque no puede impugnar aquel juicio por donde mide su derecho: pues para el tal heredero es el testamento *probatio probata*, y *especie de cosa juzgada*; y assi su apelacion se tendrà por calumniosa, y solo puede tener la sentencia de Alexand. quando la contencion es entre el legatario, y el heredero ab intestato, que impugna el testamento, y no mide por èl su derecho: y assi concilia una, y otra opinion: Sunt igitur ejus aurea verba: *Dicebant quod hæc opinio Angeli recipienda esset, in eo casu, in quo ejus ratio vigeat, atque cesset altera, cui inmixa est opinio Alexandri, quia nempè contentio sit inter hæredem, & legatarium, quorum uterque veniat ex eodem testamento, legatum autem sit certum, nullaque exceptione ælidibile, tunc enim intrare non potest ratio opinionis Alexandri, ut hæres à cujus manu legatum præstandum est, dicatur legitimus contraditor, dum ipse impugnare non potest illud juditium, ex quo ejus jus metitur, testamentum vero quoad ipsum est probatio probata, ac species rei judicatæ, unde propterea appellatio calumniosa censenda est. Secus autem ubi contentio sit cum hærede ab intestato impugnante testamentum, &c.* Y lo mismo repite en el titulo *de fidei commiss. in supplem. disc. 271. num.* 18. Con que queda legitimamente fundado, que el legado merece via executiva, quando no se impugna el testamento, y es notorio de el haverse legado, como sucede en nuestra especie, que ninguno contradice el testamento, y consta dèl el legado de las tierras con la carga de la Capellania, puesta la condicion del exhibo de su principal.

10. De aqui resulta la resolucion de la segunda duda, si en los legados de cierta especie se puede dar à los legatarios la possession, ò tengan ellos algun interdicto, ò remedio possessorio para obtenerla; porque si en los legados de cantidad se dà via executiva, tambien se darà el remedio summario, y possessorio para los legados de especie: pero siendo nuestra serie en legado de especie.

pues

pues es de las tierras que gozaba el Testador, debemos poner mayor cuydado en fundarlo con mayor evidencia.

11. Zevallos *com. cont. com. quæst.* 103. *num.* 38. dice, que al punto se le debe dar al legatario de especie la immisión en la posseſsion de la cosa, por la presumpta voluntad del Testador, que se debe presumir lo quiere assi, para que el legatario à quien manda la cosa legada no padezca dilacion alguna en su percepcion; y añade, que conforme esta voluntad presumpta del Testador, es bastante para que afirmen los Authores, que puede el legatario de su propria authoridad percebir el legado potiori titulo *ex officio Judicis*, dandole, ò mandandole dar la immisión, pues en esto se conforma con la voluntad del Testador, de quien se presume assi lo quiso (ait ergo Zevallos) *pro legato ſpeciei non fit executio, ſed ſtatim fit miſsio in poſſeſsionem ipſius rei ex præſumpta mente defuncti, quæ ſufficiens eſt, ad recuperandam rem legatam propria authoritate. text. in leg. Si hæres. ubi gloſſa. ff. de rei vendicatione*, ubi notat Angelus, & sequitur Anton. Gom. *ſupr. num.* 10. hæc ille.

12. Menochio *de adipiſcend. remed.* 2. *num.* 84. dice, que *ex officio Judicis poteſt legatarius mitti in poſſeſsionem*, y que es la opinion mas verdadera. Lo mismo sienta el Regente S. Felicio, *dict. deciſ.* 204. *num* 3. Mostazo *de cauſ. piis, dict. cap.* 12. *num.* 3. y lo aprueba el señor Castillo *dict. lib.* 3. *cap.* 24. *ſub num.* 24.

13. Otros conceden este remedio possessorio à el legatario de especiei, no solo *ex officio Judicis*, sino tambien *ex interdicto Salviano*, como expressamente Mercur. Merlin. *de pign. lib.* 3. *quæſt.* 14. *num.* 13. & 52. & *lib.* 5. *quæſt.* 77. *num.* 8. y en la *deciſ.* 4. *num.* 1. ait: *An Domino Valerio eſſet danda immiſsio, & affirmativè, fuit reſolutum, agit enim ad hoc legatum vigore Salviani*; y al *num.* 22. dà la razon, porque compitiendole al legado la hypotheca legal, segun la *ley* 1. *C. commun. de legat.* le conviene tambien el interdicto Salviano, que fue instituido à exemplo de la hypothecaria, *quia cum pro legatis competat hypotheca legalis, leg.* 1. *C. com. de legat. utique etiam competit Salvianum, quod ad exemplum hypothecariæ eſt inſtitutum.* Lo mismo dice Pedro Ridolphino *in prax. jud.* 2. *part. cap.* 11. *num.* 91. con infinitos que cita, Staltil. Pacifico *de Salv. interd. inſp.* 3. *cap.* 4. *à num.* 186.

14. El Cardenal de Luca *de Judiciis, diſc.* 44. *num.* 24. no solo le concede al legatario la immisión *ex Salviano interdicto*, sino por el *interdicto quorum legatorum*, ibi: *Tertia eſt ſpecies immiſsionis, vel poſſeſſorii interdicti adipiſcendæ, quæ competit particulari legatario,*

vel

vel fideicomissario, istaque est duplex, una scilicet ex illo interdicto, quod dicitur quorum legatorum & altera ex eo quod appellatur Salviani ratione hypothecæ, quam lex nova legatario pro legatis executione concessit, y cita à muchos. Con que tenemos fundado con tan gravissimos Authores, que tiene el legatario immission en el legado de especie, por tres remedios, *ex officio Judicis*, y por los dos interdictos *Salviano*, y *quorum legatorum*, y que esto se practica en los Tribunales, pues hablan los Authores, segun la practica que han visto, y experimentado, y lo deben confessar los que citamos al *numer.* 8. que admiten via executiva por el legado de quantidad, pues por la misma razon deben admitir remedio summario possessorio por el legado de especie: y assi se convence, que el señor Vicario diò rectamente la immission al señor Don Bartholomè de las dichas tierras; y siendo rectamente dada, y aprehendida, debe mantenerse en ella; pues demostramos, que la opinion que solo admite via ordinaria en la consecucion de los legados *recessit ab aulis*, y solo se practica la executiva, summaria, y possessoria respectivè, como notò el Carden. de Luc. *de fideicom. dict. disc.* 271. *num.* 18. ibi: *Tunc intret judicium sumarium, & executivum respectivè.* Y si, como dice Zevallos, citado al *num.* 11. esta immission procede *ex præsumpta voluntate testatoris*: bastantemente se puede inferir de los terminos, con que se explica el Testador en la clausula puesta à la letra al *num.* 1. ibi: *Quisiere posseer, y gozar.* Et ibi: *Se le dèn, y entreguen.* Pues de mandar, que se le dèn, y entreguen para posseer, y gozar las tierras, se puede, no solo inferir voluntad presumpta, sino expressa, para que el señor Don Bartholomè deba tener en este legado el remedio possessorio, y sumario por don de consiga el posseer, y gozar las tierras, y se pueda mandar se le entreguen.

15. Ni obsta el decir, que segun el *text. in dict. leg.* 1. *C. commun. de legat.* ibi: *In rem quidem missionem penitus aboleri.* se le denegarõ al legatario los remedios possessorios, y que solo se le conceden las tres acciones *rei vindicativa, ex testamento, & hypothecaria*, como quisieron algunos.

16. Porque solo se quitò por el referido texto al legatario la immission antigua, que contenia diversos, y escrupulosos ambages, y circuitos, como lo dà à entender el mismo texto, ibi: *Quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus?* Pero no estos remedios, que señalan los Authores, como notò el Menochio *dict. rem.* 2. *de adipiscend. num.* 85. ibi: *Siquidem is textus. in leg.* 1. *communia*

hia de legat. non adversatur, cum solum correxit, antiquam illam missionem in possessionem, ad hoc ut deinde reivindicatio, vel altera actio ipsi legatario concederetur, quæ sanè missio inutilem circuitum, & ambages subtiles quasdam continebat ob id sublata est: non ergo fit quin & judicis officium hoc casu locum habere possit. y lo mismo dice San Felicio *dict. decis.* 204 *num.* 3.

17. Ni menos se puede impugnar este sentir arguyendo, que el interdicto *quorum legatorum* le compete al heredero contra el legatario, para recuperar la posseſsion, que este de su authoridad huviesse aprehendido: luego no le compete este interdicto al mismo legatario para adquirir su legado, pues es remedio contra él.

18. Porque no es nuevo, sino muy comun en el Derecho, conceder accion directa, y contraria, como la *pignoraticia*, que es *directa* al deudor contra el acreedor, pagada la deuda, para recuperar su prenda, y *contraria* al acreedor, contra el deudor, quando le dió en prenda: v.g. estaño por plata. Y lo mismo en la accion *mandati*, que es *directa* à el mandante contra el mandatario, y *contraria* al mandatario contra el mandante. Y lo mismo en la accion *depositi*, que es *directa* contra el depositario, y *contraria* à este contra el deponente, como es comun, y las explica Paz *in prax. tom.* 3. *cap.* 2. §. 4. *num.* 13. ubi *de pignorantia directa, & contraria, &* §. 5. *num.* 2. & 3. ubi *de mandati act. &* §. 6. *num.* 17. & 20. ubi *de actione depositi.* Luego, aunque este remedio *quorum legatorum* sea *directo* al heredero contra el legatario, puede ser *contrario* tambien, y darse al legatario contra el heredero, y en esta inteligencia lo conceden al legatario el Card. de Luc. *de Judiciis, dict. disc.* 44. *num.* 24. y Ridolphino *in prax. dict.* 2. *part. cap.* 11. *num.* 85. y otros, que estos citan.

19. Y finalmente, no obsta el decir, que el interdicto Salviano solo compete al dueño del fundo contra las cosas del colono, obligadas à su pension, como es expresso en el §. *Adipiscend.* 3. *instit. de interdict.* ibi: *Interdictum quoque Salvianum adipiscendæ possessionis causa comparatum est, eoque utitur Dominus fundi de rebus Coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepegisset.*

20. Porque aunque en fuerza de este texto quisieron algunos decir, que este interdicto Salviano, no le competia à otro qualquier acreedor hypothecario, lo contrario es lo mas cierto, como funda el señor Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 12. à *num.* 46. ibi: *Et ad hujus similitudinem competit etiam hoc interdictum Salvianum cuicumque alio creditori habenti bona sui debitoris obligata ex quavis alia causa*

etiam pecuniaria, sive expressè, sive tacitè. Y lo funda con muchos Authores, refutando à los que llevaban la contraria, y parece expresso el text. *in leg. 1. deprecar. & Salvian. interdict.* Luego siendo el legatario acreedor hypothecario, no puede caber duda, en que le compete el interdicto possessorio, como dice Riccius *part. 6. collect. 2086.* quien cita à Vivio *decis. 395.* y à la Rota *decis. 674. part. 3. & decis. 464. p. 4.* con los demàs que citamos à los *numeros 13. y 14. 21.* Con mayor fundamento le competen estos remedios à señor Don Bartholomè por el dicho legado de especie, haviendo sido tambien Albacea Testamentario, y Tenedor, y Administrador insolidum con los demàs de los bienes del mismo Testador, como se notò al *num. 2.* porque en este caso, aun de su propria authoridad, y no de *manu hæredis* podia aprehender el legado, como notaron Gom. *1. var. cap. 12. num. 10.* Gutierr. *in leg. Nemo potest, de legat. 1. num. 365.* Tusco *litt. L. conc. 131. num. 21. & conc. 152. num. 24.* Carpio *de exècut. lib. 3. cap. 3. num. 24.* y Gratian. *1. part. discept. for. cap. 62. num. 16. y 19. 22.* En cuyos terminos, no solo procediò rectamente el señor Don Bartholomè pidiendo estos remedios possessorios, sino que el señor Vicario arregladamente le concediò la immissiòn, debiendosele amparar en ella, sin oir la apelacion de los opositores mas que en el efecto de volutivo, por no tener dichos interdictos, como notò el señor Salgad. *de Reg. protect. dict. 3. part. cap. 12. num. 39.* donde habla del interdicto *quorum legatorum*, & num. 43. donde habla de *Salviano interdicto*, y el Garden. de Luc. *de leg. dict. disc. 6. num. 5.* y Riccio *dict. part. 6. collect. 2086.* con lo qual queda probado este Articulo, y passamos à probar, que

§. II.

EL DICHO DOCTOR DON PEDRO DE LA TORRE *no puede turbar la manutencion por el señor Don Bartholomè, por no ser legitimo Contradictor.*

23. ES CIERTO, QUE EL LEGITIMO CONTRADictor de tal suerte impide el juicio summario possessorio, que le convierte en ordinario: pero aun caso negado, que el Doctor Don Pedro de la Torre tuviesse accion à las tierras (que no la tiene, ni succedente, como se dirà adelante) y que su cesion

fuesse

fuesse valida (que no lo es, como despues veremos) sin embargo, no se le pudiesse conceder, que fuesse legitimo Contradictor para el efecto de convertir la causa summaria possessoria en ordinaria; porque, como advirtiò el Card. de Luc. *de Judiciis, disc.* 43. *num.* 13. ay dos generos de Contradictor: uno legitimo, proprio, y verdadero, y este es el que *habet parem titulum*; y otro, que no tiene titulo igual con el del Possedor; y este no es Contradictor legitimo, sino solo de *facto*, y *abusive*, entre los quales ay gran diferencia; porque solo el Contradictor legitimo, y de igual titulo, es el que puede convertir el juicio possessorio en ordinario: pero no el Contradictor no legitimo, que tiene titulo desigual; porque entonces se procederà manuteniendo al Possedor, y reservando al tal no legitimo Contradictor su derecho para el juicio de propriedad. Son sus palabras: *Duæ siquidem habentur Contradictoris species, una scilicet Contradictoris veri, & proprii, qui fovet parem titulum, ita & taliter quod Executor efficiatur mixtus atque formales partes Judicis assumere teneatur, unde resultat cessatio processus executivi, ut procedendum sit in juditio ordinario appellabili. Alter vero dicitur Contradictor, seu oppositor de facto tanquam intrusus in possessione beneficii, seu alias admissus ad causam quia pretendebat aliquam provisionem, vel jus in beneficio habere, non tamen habet parem titulum munitum illis circunstantiis quarum concursus desideratur ad reddendum aliquem legitimum Contradictorem, & tunc non impeditur processus executivus, sed dicitur Contradictor improprius, & de facto ad effectum ut debeat citari, & audiri.* Lo mismo repite en el *titul. de fideicom. disc.* 271. *in supplement. num.* 11. como se verà al numero siguiente: idem D. Salgad. *de supplicat. part.* 2. *cap.* 34. *num.* 185. ibi: *Quia ad impediendam par titulus est necessarius.* Con que sacamos de aqui dos cosas: la una, que no todo Contradictor es legitimo para efecto de convertir la causa summaria en ordinaria; y lo otro, que para que sea legitimo Contradictor, es necessario paridad de titulo.

24. Esto mismo repite el mismo Carden. de Luc. *de fideicom. disc.* 271. *in supplem. num.* 11. donde tambien enseña, que tiene igual titulo, el que tiene igual derecho: *Non omnis enim Contradictor* (ait ille) *legitimus dici meretur ad effectum impediendi hujus legis effectum* (habla de la *ley Unic. C. Si de moment. poss.*) *ut propterea judicio ordinario petitorii sive ad instar procedendam sit per tres conformes sententias, & cum bina appellatione suspensiva, sed solum talis dicitur ille, qui ex eodem titulo, vel jure coæquali veniat, vel ubi jus actoris pro fideicommissi assecutione, hoc judicii possessorium intentantis ita turbi-*

bidum sit ut præfati Juris Civilis dispositio sit incongrua, quamvis enim omnis opositor, qui aliquod interesse habeat quale quale adeo ut audiri mereatur, sive posideat, ut sive non, Contradictor dicatur ad effectum, ut pro validitate processus, & actorum citari, & audiri debeat, non tamen exinde ad prædictum alium effectum legitimus dici mereatur: cõ que no todo opositor es legitimo Contradictor para el efecto de ha verle de oir en via ordinaria, y de haverse de proceder con èl por tres sentencias conformes, que hagan executoria, y por dos apelaciones suspensivas, sino solo aquel Contradictor, que tiene el mismo titulo, ò derecho, que el Actor.

25. Mas bien se explicò este gravisimo Author en el *tit. de fideicomm. disc. 73. num. 28.* donde afirma, que para que sea legitimo Contradictor, ha de ser igual el titulo *non utcunque*, sino *ad petendam immissionem apto*; de suerte, que si el Contradictor no posseyere, pueda pretender por su titulo la immisson; *est legitimus Contradictor quoties exhibet talem titulum quod si non possidere posset prætendere immissionem.* Con que no es bastante, que pueda tener accion; porque esta se le reserva al juicio ordinario, sin embarazar la possession del Actor, sino es preciso que tenga igual titulo possessorio, ò igual remedio possessorio; de forma, que si el Contradictorio no se halla en ella, pueda por el tal remedio possessorio obtenerla.

26. El titulo con que contradice el Doctor Don Pedro de la Torre, si lo miramos en sì, es una cesion, que à lo menos duda, si es nula, con gravisimos fundamentos, como se dirà; y assi, es preciso que se declare en juicio ordinario su validacion: si lo miramos en su Author, que es el cedente, se duda si està prescripta su accion, por haver passado veinte y siete años, siendo personal, y por fin es juicio, que toca à la propriedad, porque pide la restitucion; y consiguientemente, no tiene titulo para la possession, ni remedio alguno possessorio: el del señor Don Bartholomè, si lo miramos en su Author Don Bernardo de Tau, tenia la actual possession incontrovertible, y lo mismo los pobres sus herederos: si lo miramos en el mismo señor Don Bartholomè, tiene la possession judicial en virtud de los remedios possessorios, que le competen, y llevamos señalados, con que no tiene Don Pedro igual titulo con el del señor Don Bartholomè, y assi no es legimo Contradictor para poder suspenderle la immisson dada.

27. Sobre esta paridad de titulo, que es necessaria para que el Contradictor convierta la causa summaria en ordinaria, habla

el señor Salgado con mas estrechèz, *in dict. 2. part. de retent. cap. 34. num.* 87. con el motivo de dos provisos en un mismo beneficio: el uno por la Sede Apostolica, y el otro por el ordinario, y dice, que concurriendo el proviso por el Ordinario sin posseſsion, con su titulo legitimo, ò colorado, antes de la immisiòn que pretende el proviso por la Santa Sede, aunque comparezca despues de el decreto, ò sentencia de immitendo, *dummodo non sit data immissio, & sic re adhuc integra*, se le debe oir en via ordinaria, y cessa la executiva: y la razon es; porque ambos tienen igual titulo, pues en este caso, uno, y otro proviso tiene titulo apto para la posseſsion: pero ninguno la ha aprehendido; y assi, para dar la immisſion à alguno es preciso, que en via ordinaria se difina, qual de los titulos es mas justo, y poderoso, atendidas todas las circunstancias con que se viste, como notò al *num.* 95. verſ. *Idem observat.* con Argelio *de legit. contradict.* ibi: *Quando duo hinc inde veniunt cum pari titulo ad pretendendam immissionem.* Y al *num.* 98. ibi: *Et quando concurrit paritas titulorum, ut tuno impediatur via executiva litterarum Apostolicorum, & via ordinaria sit agendum.* 128. Por el contrario, al *num.* 102. enseña, que si este Contradictor, que no posee comparece *post captam realiter posseſsionem* (intelige à proviso Apostolico) *non auditur in contradictione executionis*; porque entonces no se hallan iguales: pues el proviso Apostolico se halla con titulo, y posseſsion, y el proviso por el ordinario, aunque se halla con titulo, no tiene la posseſsion; y assi, sin lesion de la adquirida por el proviso Apostolico, debe seguir nuevo juicio, y nueva accion, y cita à Garcia, y Parlador. Posth. *de manutent. deciſ.* 325. *à num.* 1. y solo fuera legitimo Contradictor para impedir la immisſion, y conocerse en via ordinaria, si el tal proviso por el Ordinario tuviera con el titulo alguna posseſsion, aunque intrusa, como al *num.* 105. porque entonces estaban de facto iguales, y assi era preciso inquirir los derechos de cada uno. Luego, aunque el titulo de Don Pedro fuesse legitimo, y apto para la posseſsion, que no lo es, no teniendo esta, y estando en ella el señor Don Bartholomè con su legitimo titulo, no se la puede Don Pedro impedir, ni convertir en causa ordinaria; porque en esta figura no concurre con paridad de titulo.

29. Prosigue el señor Salgado en el mismo lugar al *num.* 120. y hablando del que impetrò el Beneficio de la Silla Apostolica *ex causa reservationis*, y del proviso por el Ordinario, que *simul* es posſeedor, y dice, que este es legitimo Contradictor, que puede impe-

pedir la execucion de las letras Apostolicas, sino consta claramente de la reservacion, antes se duda de ella *in jure, vel in facto. Ex his omnibus rectè infertur* (ait ille) *quod facta à Sede Appostolica impetratione beneficii ex causa reservationis, provisus per ordinarium, & possessor sit legitimus Contradictor ad impediendam executionem litterarum Appostolicarum, qui omnino audiendus est in via ordinaria, & judicio plenario cum causæ cognitione amovẽdus erit à possessione, non alias, quando scilicet, & reservatione clarè non constat, sed dubitationem in jure, vel in facto patitur.* Luego teniendo el señor Don Bartholomè su titulo ciertamente executivo, como està fundado, para que fuesse legitimo Contradictor D. Pedro, no es bastante su titulo, aunque fuesse apto para la possesion, que no lo es, sino que era preciso se hallàra tambien en ella, como mas claro lo dice el mismo Sr. Salgad. *sub n.* 122. ibi: *Tamen ad effectum reducendi causam ad viam ordinariam, & causandi atentatum debet cum titulo colorato ordinarii concurrere possessio simul in proviso per ordinarium*; porque si no concurre uno, y otro, esto es, titulo, y possession, no serà legitimo Contradictor para convertir la causa en ordinaria.

30. Pero mirèmos à otra luz esta doctrina. Dice el Sr. Salgado en el lugar citado, que no constando de la reservacion del beneficio impetrado de la Santa Sede, sino haviendo de ella duda *in jure, vel in facto*, debe el proviso por el ordinario, estando en possession, aunque su titulo sea colorado, y la possession intrusa, ser manutenido en ella, hasta que se conozca plenariamente de la reservacion, como mas claramente lo dice al *n.* 127. ibi: *Interim tamen dum non constat intrare reservationem, & decretum irritans nullum operatur effectum, nec possessor inquietatur in sua possessione, nec ea privatur, sed immo manuteneretur quandiu de reservatione dubitatur.* Y al *n.* 134. ibi: *Quod donec dubium est, an intret, vel non* (reservatio) *interim sit manutenendus* (intellige provisus ab ordinario, & possessor) *ratione saltem suæ detẽtationis.* Y al *n.* 137. ibi: *Quoniam ante justificationem narratorum, & quod clarè pateat decretum intrare, non tollit detentationem, seu insistentiam facti, ex qua manutentio datur detentatori*, con Lancelloto, Barbosa, Postio, y otros: luego hallandose el Sr. D. Bartholomè en la possession con titulo, aunque esse fuesse colorado, y la possession intrusa, y aunque el titulo de D. Pedro fuesse executivo, haviendo en èl alguna duda *in jure, vel in facto*, como la ay, pues la ay en la validacion de la cesion, y en la prescripcion de la accion, no puede dexar el Sr. D. Bartholomè de ser manutenido en ella, en el interin que en juicio ordinario se determina sobre dichos dos puntos.

31. Ni

31. Ni basta decirse por D.Pedro con la *ley* 41.*tit.*4.*lib.*3.*Recop.* que qualquiera acreedor, que se opone à la execucion por su derecho, convierte la causa executiva en ordinaria: luego aunque el Sr. D.Bartholomè tenga la possessionen virtud de los interdictos possessorios, summarios, y executivos, con la possession de D. Pedro se hacen ordinarios, y plenarios.

32. Porque, como notò el Sr.Salg.*de Reg.protect.part.*4.*cap.*8. *à n.*56. se deben considerar quatro casos en las oposiciones, que los terceros hacen à las executiones, ò juicios summarios, extrajudiciales, y executivos. El 1. quando la execucion es por cantidad: El 2. quando *versatur circà rem in specie*: El 3. quando està vacante la possession; y el 4. quando el mismo tercero opositor la possee. Y omitiendo ahora el tercero, y quarto caso, porque ni la possession està vacante, ni D.Pedro, ò tercero opositor possee la cosa, dice el Sr. Salg. al *n.*60. Que *quando quis condemnatus est actione personali ad certam pecuniæ quantitatem, ita ut ejus executio sit facienda in alia re, quam debitor condemnatus est, tunc siquidem comparet coram executore contradicere executionem, ut legitimus Contradictor executionem impedit omnino.* Y alegue solo la possession de la tal cosa, ya solo su dominio, ya dominio, y possession, simul, ò ya ni possession, ni dominio, sino otro qualquier derecho: *Quia dicit se esse potiorem, & anteriorem creditorem, & anterius jus hypothecæ habere in illa re supponens non habere debitorem condemnatum sufficientia bona ad satisfaciendos creditores, & tunc hoc casu, iste tertius admittendus est, & supersedendum in executione, quousque de jure suo cognoscatur*, como dice à los *nn.*63.64.65.

33. Pero en el 2. caso, en que se versa la execucion *circa rem in specie*, que goza el deudor, si comparece algun tercero *coram executore*, y alegue ser dueño de la cosa, ù otro derecho legitimo, pero no se funde en possession que tenga, ni es el tal tercero legitimo Contradictor, ni impide la execucion; porque en este caso, solo la impide el posseedor con titulo, como dice *n.*67. Y al 72. dice, que en este caso *no se le oye la apelacion* al tercero, *sed ea, spreta, justè potest executor ad ulteriora procedere.*

34. Y dà la razon de diferencia entre estos dos casos al *n.* 75. porque en el primero, es deudor de cantidad el reo; y por no tenerla, se executa en otra cosa por el acreedor, en que no està condenado, y assi cabe oir al tercero, que dice tener en ella mejor derecho: pero en el segundo caso es la execucion *circa talem rem*, que possee el deudor; y assi, si el tercero no alega possession en ella, aunque diga ser suyo el dominio, ò que tiene en ella otro derecho, no debe

ser

ser atendido; porque immitendo al actor en la posseſsion miſma que el reo tenia, no ſe le cauſa formalmente novedad; porque *parum, vel nihil intereſt*, que deduzga ſu derecho contra el reo, ò contra el actor; y como no poſſee el tal tercero *dictam rem*, le es preciſo ſeguir contra ella la accion reivindicativa ordinaria, y tanto de uno, como de otro la podrà conſeguir, como dexò notado dict. Salg. *n.* 71. ibi: *Nec poterit impedire executionem, quia ſua non intereſt, nec ejus tertii præjudicium conſiderabile eſt quia cum aquolibet poſſeſſore tenetur rem petere, & reivindicare* (intelligе, quia non poſsidet talis tertius) *eodem modo poterit illam ab uno conſequi, & obtinere ſicut ab illo, & ſic à primo poſſeſſore ſicut à ſecundo.*

35. De donde ſe infiere claramente, que la dicha ley del Reino nada perjudica al Sr. D. Bartholomè, pues habla en el primer caſo de acreedor, que executa por cantidad, y no del que tiene la posſeſsion de la coſa en eſpecie por los remedios poſſeſſorios, que le competen; porque en eſte caſo, el tercero que comparece para impedirla, debiera eſtàr en la actual poſſeſsion, y no baſta que pretenda dominio, ù otro qualquier derecho.

36. Và conforme à eſtos principios Gomez *leg.* 45. *Tauri, n.* 150. en donde enſeña, que para que uno ſea legitimo Contradictor, no baſta que tenga titulo traslativo de dominio, aunque fueſſe ſu Author el miſmo Teſtador, ſino ſe le junta la poſſeſsion; y procediendo con mayor rigor afirma, que aunque fueſſe el Contradictor verdadero dueño de la coſa, por titulo legitimo de ſu verdadero dueño; y aunque eſte le huvieſſe dado la poſſeſsion en vida del Teſtador, con todo, ſi el Teſtador la poſſeìa, ò detenia al tiempo de ſu muerte, y al tiempo de la contradiccion la poſſeìa, ò detenia ſu heredero, y aſsi el tal Contradictor no ſe halla en la actual, real, y corporal inſiſtencia, ò detentacion, no ſerà legitimo Contradictor, ni podrà impedir la immiſsion, aunque quiera probar incontinenti ſu dominio, y la razon que dà es; porque aunque fueſſe verdadero dueño, debia proponer ſu accion reivindicativa contra el Teſtador en ſu vida, como real, y actual poſſeedor por via ordinaria, y el Teſtador debia ſer manutenido en ſu poſſeſsion, ò detencion mientras el pleito ſe decidieſſe. Sunt igitur ejus verba: *Immo quod magis eſt licet ille Contradictor ſit verus Dominus rei, vel rerum, quia habuit titulum à Domino, & ſimiliter poſſeſſionem, vel traditionem in vita ipſius Teſtatoris, tamen Teſtator eam, vel eas poſsidebat, vel detinebat tempore ſuæ mortis, & tunc tempore contradictionis, & ſic poſt mortem defuncti non eſt in actuali, & reali poſſeſsione, vel detentatione, non erit legitimus Contradictor, nec poterit impedire miſsionem*

in possessionem, etiam si velit incontinenti probare, prædictum dominium ejus, & ratio vera & mentalis est, quia licet verè sit Dominus, tamen suam actionem realem, hoc est reivindicationem debebat proponere contra ipsum defunctum in vita tanquam possessorem via ordinaria, & ipse defunctus deberet esse in sua actuali possessione, donec lis, & causa proprietatis desideretur. Luego aunque D.Pedro fuesse verdadero dueño de las tierras por tener titulo traslativo de dominio de su legitimo dueño, y aunque este huviesse dado la possession de ella (que nada de esto ay) siendo cierto, que D.Bernardo la gozaba en su vida, y despues sus herederos los pobres, y por su disposicion la goza oy al tiempo de la contradiccion el Sr.D.Bartholomè por los interdictos possessorios, que le competen, y se ha fundado, no puede ser D.Pedro legitimo Contradictor, que impida la immissiõ dada al Sr.D.Bartholomè; porque, conforme en vida del Testador, D.Bernardo debia seguir con èl una accion ordinaria, y manutenerse al dicho D.Bernardo en la possession hasta que se finalizasse la causa, assi tambien debe seguir aora por su tal qual accion, si alguna tiene por via ordinaria, manuteniendose en el interin al Sr.D.Bartholomè, que representa en esta parte al dicho Don Bernardo.

37. Pudieramos cesar yà en el discurso, pues con tan graves fundamentos vemos demostrado, que no puede ser Don Pedro legitimo contradictor, ni impedir la immissiõn dada al Sr.D.Bartholomè, que es el articulo que aora se trata: pero para que se conozca mas claramẽte, que no tiene fundamento para su contradiccion, decimos, que

§. III.

LA CESSION QVE HIZO D.DIEGO DE PONTE A D. Pedro de la Torre es nula, assi por estar prescripta la accion, como por aver sido sin causa, ni legitimo titulo.

38. TODO EL MOTIVO QVE HA TENIDO EL dicho D.Pedro para contradecir la possession aprehendida por el Sr. D.Bartholomè, es la cesion que impetrò de D.Diego de Ponte del pacto de retrovender, con que se vendieron las tierras à D.Bernardo de Tau, cada vez, y quando le volviessen el dinero, como se notò en el Hecho à los *nn.*3. y 5. pero por dos razones es nula esta cesion, y assi de ningun fundamento el motivo de la contradiccion; la una, que la accion estaba prescripta, y assi no huvo que ceder: para lo qual

39. Supongo lo 1. que el pacto de retrovender se forma de dos mo-

modos: el uno por palabras directas à modo de las de la ley commissoria; esto es, que vuelto el precio se tenga la cosa por inempta; y el otro por palabras obliquas, que es el estilo comun con que se hace este pacto, y es quando se pacta; que puesto el precio, se vuelva por el comprador la cosa, ò se pueda reivindicar, ò se deba restituir, sic D. Vela 2.*tom. dissert.*32.*n.*3. Hermos.*leg.*42.*glos.*7.& 8.*n.*12.*tit.*5.*part.*5. Barbos.*in collect.ad leg.*2.*C.de pact.int.empt.& vendit.n.*50.

40. Supongo lo 2. que no ay duda en el Hecho, que se concibiò el pacto de retrovender con dichas palabras obliquas, para que se restituyessen, ò volviessen las tierras, de donde se infiere, que la accion que de tal pacto nace, es personal, y no real, como funda latissimamẽte con muchos Authores, y textos D. Vela *dict. dissert.* 32. *n.* 16. y lo sienten tambien Parlad.*lib.*1.*rer.quotid.cap.*1. §.14.*n.*11. D.Covar. 1. *var. cap.*9. *n.*1.& 6.& D.Olea *de ces.tit.*3. *q.*2. *n.*37. D.Larr.*alleg.*120. *n.*34. y advierte el Sr. Vela *ubi proximè n.*18. que esta accion es personal, aunque tenga el pacto la condicion *quandocunque*, ibi: *Emptor personaliter obligatur ad rem post certum tempus, vel quandocunque reddendam*, Y al *n.*20. nota, que no solo la accion *exempto* es personal, sino tambien la que llamamos *præscriptis verbis*, que especialmente nace de el mismo pacto, ibi: *Duplex in eam rem personalis actio prodita est, altera in factum, seu præscriptis verbis, quæ oritur ex illo pacto, &c.*

41. Supongo lo 3. que la accion personal, segun el Derecho Civil, se prescribe por 30. años, *leg. Sicut in rem* 3. *C.de præscript.*30.*vel* 40. *annorum*, con quien và conforme la *ley de Partida* 22.*tit.*29.*part.*3. Segun la *ley del Ordinamento Real* 3.*tit.*13.*lib.*3. se prescribe por 10. años. Pero segun la *ley* 63. *Taur.quæst.*6. *tit.*15.*lib.*4. *Recop.* quedaron todas estas leyes corregidas, y se determinò, que la accion personal se prescribiesse por 20. años, y que esta ley corrigiò las otras, como mas moderna, lo dice el señor Vela 1.*tom. dissert.*8. *n.*7. & 8. con Parlador. Paz, Gutierrez, y Azev.

42. De cuyos principios se infiere claramente, que la accion del pacto de retrovender està prescripta; porque si ella es personal, y este se prescribe, segun la ley del Reyno, por 20. años, y han passado 27. segun consta en el processo: luego està prescripta, y consiguientemente no tuvo D. Diego de Ponte accion alguna, que ceder à D. Pedro, ni este fundamento para su contradiccion.

43. Conociendo la fuerza de esta razon D. Pedro, recurre à las palabras con que se formò el pacto, que fueron: Que *cada vez, y quando*, y *en qualquier tiempo*, que se volviesse el dinero por el vendedor, ò sus herederos, se havian de restituir las tierras por D. Bernardo, y los

suyos,

ſuyos, cuyas palabras (dice) que impiden el curſo de la preſcripcion; y eſtiende la accion *uſque ad in infinitum.*

44. Bien sè, que es queſtionable entre los Authores eſte punto; y tanto, que, como dice Theſauro *infra citandus n.2.* neceſsitaba de deciſion Ceſſarea: pero eſta miſma dificultad, y variedad de opiniones convence, que D.Pedro no ſea legitimo Contradictor, y que el Sr. D. Bartholomè deba ſer manutenido en la poſſeſsion, como lo fuera D. Bernardo de Tau, ſu Author, ſi vivieſſe; porque ſiempre que en el Contradictor ſe halla alguna duda *in jure, vel in facto*, no es legitimo para impedir la poſſeſsion, y ni aun la detentacion â quien la tiene, como fundamos al *num.*30.

45. Pero lo cierto es, que la contraria opinion, que afirma, que las dichas palabras *ſiempre*, y *en qualquier tiempo*, no impiden el curſo de la preſcripcion de la accion, ni la eſtienden *uſque in infinitum*, ſino que aun pueſtas en el pacto, queda la accion dentro de los limites de ſu vida legal, es la mas probable, ſegura, y ſeguida en los mas graves Senados. Sic ſentiunt Tiraquel. *de retract. ſanguinis.* §.2.*n.*34. & Fuſius *tit. de retract. conventionali.* §.1.*gloſ.*2. *n.*26. en donde trae deciſion del Senado Pariſienſe. Y al *n.*29. dice: *Cum hæc opinio Areſto Supremo noſtræ Curiæ fuerit aprobata, omnino ſequenda eſt, nam ea quoque Communior eſt, & Doctoribus majoris doctrinæ, & authoritatis ſecuta.* Theſaur. *quæſt. forenſ. lib.*2.*quæſt.*72. *per tot.* Card.Mantica *de tacit. & ambig. l.*4. *tit.*31.*à n.*22.Gratian.*diſcept.for.* 1.*tom.cap.*2.Hermoſilla *leg.*42 *gloſ.*1. *n.*11.*tit.*5. *part.*5.Gregor.Lop.*ibidem gloſ.*1.D.Covarrub.1.*var.c.*9.*n.*6. Gutier.*de juram.confirm.*3.*p. cap.*1.*à n.*9.Barboſ.*in collect.ad cap. Ad noſtram,* 5.*de empt. & vendit.n.*3. Guzman *verit.*33. *à n.*8. Alter Barboſ.*in leg. Sicut.*3.*de præſcript.*30.*vel*40.*ann.*Roder.Suar.*in leg. Poſt rem judicatã notab.*2. *n.*6.*fol.mihi* 249.Fabro *in ſuo Cod.lib.*7.*tit.*13.*de fine.*Surd.3.*deciſ.*2.*n.*7.D.Vela *diſſert.*34.*n.*99. Eſcobar *de ratiocin.cap.*41.*à num.*15. con infinitos que eſtos citan, por ſolo Hermoſilla cita por eſta ſentencia 25. Authores. Por eſta parte eſtàn Barboſ. *in collect.ad dict.leg.* 2.*C.de pact.inter empt. & vendit. n.*19.20. & 21.Marta *de juriſdict.* 1.*p. cap.*34. *n.*11.Menochio *conſ.*134.*lib.*2. & *conſ.*201.*n.*83. & *conſ.*364. & *conſ.*606. *n.*1.Boerio *deciſ.*182. & 351. *n.*6.Azev.*leg.*4.*n.*42. *tit.*6. *lib.*8. *Recop.*Villadiego *leg.*8.*n.*8.*tit.*4.*lib.*5.*fori.* Faria ad D.Covarrub. *lib.*1.*var.cap.*9.*n.*6.9. & 36.ubi plurima affert fundamenta D.Franciſc. Hieron. de Leon, *deciſ.*36.*per totam, lib.*3.donde funda elegantemente eſta opinion, y cita por ella mas de 70. Authores, y reſponde à los argumentos.

46. Los fundamentos de eſta ſentencia los ponen los dichos Au-

tho-

thores latamente, principalmente Guzman, Gutierrez, y Tiraquelo, *à n. 6. inſtit. de retractu conventionali*; y deſde el *n.* 26. reſponde à los contrarios. Recopilarèmos algunos, para que ſe conozca mayor probabilidad intrinſeca de eſta ſentencia. Y ſea el primero; porque eſtas palabras *ſemper, omni tempore perpetuo, & quandocunque* añadidas à los contractos, no los perpetuan; porque, como nada ay *ſub ſole perpetuum, leg. Cum debere colomnam. ff. de ſervit. urb. præd.* por eſſo eſtas dicciones ſe limitan, ſegun la naturaleza del acto à que ſe añaden, y ſe regulan por èl, ſin extender à mas, que à lo que el Derecho les permite. Barboſ. *dict.* 254. *n.* 5. ibi: *Reſtringitur ſecundum naturam actus cui adjicitur* (habla de la diccion *perpetuo*) *& ab eo regulatur, & quod eo extenditur, quod de Jure poterit*, y aſsi nota al *n.* 6. con Menoch. Enriq. Seraph. Bald. Tuſch. y otros, que lo miſmo es decir *perpetuamente*, que *dum aliquis fuerit ſuperſtes*, y ſe verifica mientras dura la vida, ſegun la ſujeta materia; porque *perpetuo* en eſtas coſas ſublunares, ſe entiende aquello, que pudiendo finalizarſe antes de la muerte, dura mientras dura la vida, y y aſsi dice el Barboſa al *n.* 9. *Quod hæc dictio perpetuo non extenditur in infinitum, ſed donec quis vivit propter ſubjectam materiam.* Gutierr. *dict. cap.* 1. *num.* 10.

47. Es el derecho quien dà la vida à las acciones, alargandoſela, ò limitandoſela, ſegun conviene al bien publico; con que aunque los que contraen digan *perpetuo, ſiempre*, y *en qualquiera tiempo*, ſi no renuncian expreſſamente la ley de la preſcripcion de las acciones, la miſma accion que tiene determinada vida por el derecho, hace que las dichas palabras ſe entiendan, que aunque pudieran acabarſe antes de lo que el Derecho les preſcribe de vida, duren perpetuamente por toda ſu vida ſin limitacion de tiempo.

48. Eſta es la razon; porque la Gloſſa varìa en la intelligencia de la palabra *perpetuo*, que ſe halla en las leyes, entendiendola unas veces por 10. años, otras por 20. y otras por 30. (*ſic in leg. Nam Imperator. ff. de legibus*, commentò la Gloſſa la palabra *perpetuum* por 10. años. En la *ley Incognitione. ff. de Senat. Conſ. Silain.* entendiò la palabra *ſemper* por 20. años. Y en la *ley Unic. C. Quando non pet. part.* la entendiò por 30.) porque debiendoſe entender, ſegun la ſujeta materia, no teniendo aquellas acciones por derecho mas vida que 30. 20. y 10. años reſpectivè, les extiende el *ſiempre*, y *perpetuamente* mientras vivian. Guzman *dict. vent.* 33. *n.* 13. Luego aunque en el pacto de retrovender ſe ayan pueſto las palabras *ſiempre*, y *en qualquier tiempo*, y *perpetuamente*, como la accion dèl nace, ſolo tiene por el derecho 20. años por ſer perſonal, como fundamos al *n.* 40. y 41. y ſe deben entender,

ſegun la ſujeta materia, y *perpetuamente* por la vida de la acciòn, no ſe pueden extender à mas tiempo que dichos 20. años, que es la vida que tiene. Pudiendo decir con Escob. *de ratiocin. dict. cap.* 41. *n.* 18. interpretando la palabra *ſiempre que quiſieren*, puesta en la *ley* 9. *tit.* 15. *lib.* 7. *Recop. Vnde cum Jure Civili hæc actio herroris calculi uſque ad* 20. *annos poſsit oponi, eodem etiam tempore durabit actio*, aunque la dicha ley diga, que *ſiempre*.

49. Sea el ſegundo fundamento, que es indiſputable, que las dichas palabras *cada vez*, y *quando*, y *en qualquiera tiempo* no excluyen claramente la preſcripcion de las acciones: pues ſi fuera aſsi, no huviera tanta controverſia entre los Authores, ni la Gloſſa las interpretàra por ſu vida; *ſed ſic eſt*, que por palabras dudoſas, y generales no ſe preſume renunciada la preſcripcion; porque como la renuncia de qualquiera derecho ſea odioſa, *ſtricti juris*, nunca ſe preſume, *cap. Super hoc de renuntiat.* Surd. *dict. deciſ.* 2 *n.* 15. luego por dichas palabras no ſe puede entender renunciada la preſcripcion, & *imputandum eſt, venditori, qui potuit apertius loqui.* Porque en caſo de duda, potius ſe ha de entender, que quiſo contraer, ſegun las leyes, como dice el Surd. *à n.* 9. ubi: *Quod illa verba recipiunt à jure reſtrictionem, ſi non ſit præſcriptum, & ex eo quod contrahentes ceſſentur voluntatem ſuam conformare cum juris diſpoſitione, non inſurgit ex illis verbis voluntatem eam renuntiandi, & ita non conſtare de partium voluntate, niſi expreſsè dixerint ſe renuntiare, & partes videntur in dubio contraxiſſe ſalva præſcriptione, &c.*

50. Lo tercero, que *adhuc*, puestas dichas palabras, ſe entiende *niſi per tantum tempus non petierit quod ſit præſcriptum*, como notò Suar. *ubi ſuprà*, al modo que en los contractos jurados, aunque el juramento los hace perpetuos, ſe entiende implicitamente la condicion, *ſi intra tempus à jure præfixum petatur*, y aſsi el juramento no altera la naturaleza de la preſcripcion, Surd. *dict. cap.* 1. *de juram. conf. num.* 15. Luego, &c.

51. Lo quarto, que quando el pacto de retrovender ſe concibe *abſolutè, & ſimpliciter, & ſine præfixione temporis*, ſe entiende, que ſe puſo para cada vez, y quando que ſe quiera diſſolver. Gizm. *dict verit.* 33. *n.* 16. *ex text. in leg. Cum in diem. ff. de ſolut. leg. Quod quis. ff. de act. & obligat. leg. Intra dies. ff. de re jud.* Gom. Mantica, y otros; *ſed ſic eſt*, que eſtas palabras implicitas en el pacto, no impiden la preſcripcion; porque entonces nunca tuviera lugar, como conceden todos: luego aun explicadas por los contrayentes, la impiden *quando qualitas expreſſa nihil amplius addit contractibus, quam tacita, quæ in illis continetur*, como con Barth. el Sr. Molina, D. Caſtillo, Giurba, Afflictis, Deciano

funda

funda Guzman *n.*17. *Et quia expressio ejus, quod tacitè inest nihil operatur, nec dat novam formam, nec facit actum conditionalem.* Barbos. *axiom.* 89. *num.* 15.

52. Diràse, que los Authores citados por esta sentencia al *n.*45. extienden la accion, puesto el pacto con dichas palabras *à treinta años*: Luego no nos favorecen, pues solo han passado en nuestra especie *veinte y siete*. Respondo negando el supuesto antecedente; porque no dicen los dichos Authores, que dura 30. años la accion con dichas palabras por *extenderla, y ampliarla*, sino antes por *limitarla, y restringirla*; porq̃ como la otra opinion dice q̃ dura *usque in infinitum*, porq̃ las palabras suenan perpetuidad, considerando nuestros Authores, que la infinidad se debe evitar, *leg. Qui bona. §. ultim. de damno infect. leg. Fideicommissa. §. Siquis decem. ff. de leg.* 3. *leg. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* no llevandose por el sonido de las voces, sino por la naturaleza de la accion, y mente de los contrayentes, que siempre se presume quererse conformar con las leyes, si expressamente no las renuncian: conociendo que la vida de la accion dura por treinta años, por el Derecho Civil, limitan las dichas palabras à este tiempo, y assi hablan limitando, y no extendiendo, ò por decirlo mas claro, hablan por Derecho Civil; porque si hablàran por el Derecho Real, que prescribe la vida de la accion personal à veinte años, solo la limitaràn à este mismo tiempo, aunque tuvieran las mismas palabras: pues no se puede dar razon de diferencia, porque las leyes del Reino en estos dominios son Derecho Comun, y Civil, no menos que el Derecho Romano en todas partes, como dice el Sr. Vela *disert.* 45 *n.* 50. ubi alios dat D. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 13. y assi los Authores, que hablaron expressamente del pacto de retrovender con dichas palabras, segun el Derecho Real limitan la accion à los 20. años; porque esta es su vida, y esto es lo que pide la naturaleza del acto. Sic D. Greg. Lopez *leg.* 42. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 1. D. Covarrub. 1. *var. dict. cap.* 9. *n.* 6. y lo pone por regla Siguenza *de clausulis, lib.* 1. *cap.* 33. *n.* 2. & *cap.* 35. *n.* 4. Faria *ibidem n.* 45. Feliciano *de censibus, lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 10. Parlad. *lib.* 1. *rerum quot. cap.* 1. §. 14. *n.* 11. Gutier. *dict. cap.* 1. *n.* 10. ibi: *Eamdem etiam opinionem tenendam esse arbitror, ut supradicta verba obligationi opposita, seu solutioni semper quandocumque, vel perpetuo, & similes non impediant præscriptionem legum Regiarum.* Y tambien al *n.* 10. *Et ita ex supradictis remanet bona declaratio, & ampliatio ad leges hujus Regni inducentes præscriptionem debiti per certum tempus, ut procedant etiamsi prædicto modo debitor obligetur, id est, perpetuo, & quocumque tempore*, y antecedentemente à dichas palabras dice, que aunque havia llevado la contraria opi-

nion,

nion, *in leg. Nemo poteſt. n.* 475. *de leg.* 1. ahora ſe reforma, atendidos los graviſſimos fundamentos de la nueſtra. Y Guzman, *ubi ſup. al n.* 13. hablando de las leyes del Reino, como ſe colige del numero antecedente, dice: *Et ſimiliter quando jungitur cum actionibus, quæ viginti anni pereunt nō advervia hæc ſemper, & quandocū que mutant ipſam actionis naturam, ſed è contra actio limitat adverviorum ſignificationem.* Y aunque Hermoſilla, *ubi ſuprà*, y Azeved. *leg.* 6. *tit.* 15 *lib.* 4. *Recop. n.* 36. quiſieron decir, q̄ aun atendida la ley del Reino, puestas las dichas palabras en el pacto, ſe extiende à treinta años, porque tanta vida tiene la accion por Derecho Civil, hablan inconſequentes; porque donde limita una miſma razon, debe ſer una miſma la reſolucion. *Leg. Illud. ff. Ad l. g. Aquil.* con muchos Barboſ. *axiom.* 197. *n.* 3. La razon que tienen eſtos Authores, para limitar la accion à los 30. años, es, porque tanta vida tiene por Derecho Civil: Luego por Derecho Real dura ſolo 20. años la accion, à eſte termino la deben limitar, ſegun eſte Derecho. Lo otro; porque, ſegun llevamos fundado, el Derecho Real es Comun, y Civil en eſtos Reynos; y aunque ſiempre los contrayentes ſe preſumen conformar con el Derecho, primero ſe entienden conformarſe con el de ſus Reynos, Patria, y Lugar, que con otro alguno, como notò Barboſ. *axioma* 57. *num.* 10. *in fine*; y aſsi, primero ſe determina por las leyes Reales, que por las Civiles: Luego en el caſo que las dichas palabras no deben extender la accion à mas vida, que la legal, y que eſta ſea mente preſumpta de los contrayentes, debemos neceſſariamente diſcurrir, que ſolo dura los 20. años de la ley Real, y no los 30. del Derecho Civil; porque primero ſe conforman las partes con ſus eſtatutos, y leyes, que con otras extrañas. Y aſsi Guzman *dict. verit.* 33. *n. fin.* repulſa à Azeved. y Gutierr. *dict. cap.* 1. *n.* 14. à Antonio Gom. que contra la comun de los Authores quiſo en el 2. *var. cap.* 2. *n.* 28. ſingularizarſe en llevar la extencion *uſque ad infinitum*, aunque ſegun la otra opinion, q̄ excluye la infinidad, dice el miſmo Gomez, que por Derecho Real ſe debe preſcribir por los 20. años de la ley del Reino. Y el Guzman *ubi proximè* trae por nueſtra opinion decision del Conſejo.

53. Ni hacen fuerza los fundamentos de la contraria opinion, que afirma, que por eſtas palabras *ſiempre*, y *en qualquiera tiempo* ſe impide la preſcripcion, reduciendoſe el 1. al *text. in leg. Quod ſi nolit* 31. §. *Si quid ita venerit* 22. *de edict.* ibi: *Si verò convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere*: Luego la condicion *perpetuum* añadida al contracto, extiende la accion fuera de los terminos de ſu vida: pues ſegun la ley, ſiendo la accion redhibitoria bimeſtre,

la

la extrae de este limite la convencion *in perpetuum*. El 2. porque para la prescripcion se requiere buena fè, y aqui no la puede tener el comprador, pues sabe que tiene obligacion de retrovender la cosa para siempre. El 3. que el poder redimir es facultativo al vendedor, segun el pacto, *ut ea, quæ sunt more facultatis non possunt præscribi*. El 4. que estas palabras *siempre*, y *en qualquiera tiempo* no se pusieron ociosamente en el pacto, y assi deben obrar alguna cosa, que es la extencion. El 5. que antes de cumplirse los 20. años murieron los vendedores, y quedaron menores sus herederos, y contra el menor no corre prescripcion alguna.

54. *Quia hæc omnia facilè est ab Authoribus diluuntur.* Porque al 1. responde Tiraq. *dict. tit. de retract. conv. glos. 2. n. 26.* que aquel texto no procede en la prescripcion odiosa: pero Guzman *dict. verit.* 33. más agudamente responde al *n. 6.* que en el texto *Ly perpetuum* apelò sobre la misma accion redhibitoria, pactandose expressamente, que la misma accion fuesse perpetua, ibi: *Si vero convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat*, y assi dice el Jurisconsulto, que *vale*: pero en nuestra especie no apelan dichas palabras *formaliter & expresse* sobre la accion, ni se tratò, ni hablò de ella, sino quando mucho apelan sobre lo material, y subjectivo de la accion, que es la obligacion, y assi quedò la naturaleza de la accion sin immutarse; porque en quanto à ella nada se previno. *Inter alia*, ait ipse Guzm. *n. 7. illic expresse agebatur de redhibitoria, & ejus naturam expresse immutarunt per clausulam in perpetuum, hic autem non recordarunt partes de præscriptione decennali* (loquitur enim de via executiva) *nec de ea fuit ullus sermo: ergo clausula quod semper, & quando velet actor, seu quocumque tempore velet possit petere debitum intelligenda est secundum juris dispositionem, & naturam actus, ut in omnibus pactis intelligitur.* con Baldo, y Mantica, à quienes cita.

55. Al 2. de la mala fee responde Mantica *dict. lib. 3. tit. 31. n. 23.* Lo 1. que aunque la mala fee impide la prescripcion para adquirir de nuevo el dominio, pero no para confirmar el yà adquirido. Lo 2. que para constituir en mala fee al comprador, era necessario que le requiriesse el vendedor ofreciendole el precio; y mientras no se lo ofrece, y requiere, no tiene el comprador mala conciencia, y consiguientemente, ni pecado, ni mala fee. Lo 3. que el comprador antes de la oblacion del precio no està obligado à retrovender, *quia non apparet venditorem velle redimere quod etiam*, ait Tiraq. *dict. glos. 2 n. 27.* y Graciano *dict. cap. 2. n. 28.* añade: *Quanvis enim sciat ad id teneri, non est in mala fide, cum possit credere non vendentem retro emere, & satis est, esse paratum revendere quandocunque requireretur infra tempus à lege determinatum.*

natum. Y el Sr. Covar. *dict. cap. 9. n. 5.* ait: *Emptor non est in mala fide ante oblationem prætii cum aliter non appareat, quod venditor vellit redimere, & præterea ubi mala fides ex scientia rei alienæ, vel propriæ obligationis absque peccato procedit poterit optimè admitti præscriptis.* Lo mismo Garcia *ibidem à n. 18.* Y Fabro *in suo Codice dict. de f. 3. non videtur mala fide esse emptor, qui suo jure utitur. ex leg. Nullus videtur 55. de reg. jur. leg. Si duorum. 52. de act. emp.* Y el Card. de Luca *de cred. disc. 131. n. 22.* solo conoce mala fè impeditiva de la prescripcion là que fuere nutritiva de pecado, que llama mala fee positiva; porque sola la presumpta, ò negativa, que no contiene pecado, no la impide, ni aun atento el Derecho Canonico. *Quidquid enim aliqui dubitent* (ait ille.) *magis communis, magisque probabilis opinio est, quod cum dispositio Juris Canonici in dicto capite finali de præscriptionibus fundata sit in ratione peccati, in quo esse dicitur, qui sciens debitum non solvit, vel alienam rem detinet, hinc proinde necessaria est mala fides vera, & non sufficit præsumpta, in quo Jus Civile in correctum manet, sivè debet esse mala positiva, &* c. Con q̃ no pudiendo decirse, que D. Bernardo de Tau, ni sus herederos han estado en pecado mortal mientras han corrido los 27. años en que ha gozado la cosa que comprò por su legitimo precio, aunque con el pacto de retrovender, pues nunca en todo este tiempo se le ha requirido, ni ofrecido el precio, que es condicion expressa del pacto, no puede discurrirse en mala fee impeditiva de prescripcion, pues bastaba estuviesse prompto à retrovender cada vez, y quando, que dentro del termino estatuido por derecho, se le ofreciesse el precio, como dice Graciano, ubi proximè.

56. Principalmente, quando estando ya cumplido el termino de la prescripcion, nada aprovecha el que se pida la cosa, ni ofrezca el precio, quando entonces no se le puede al comprador constituir en mala fee; porque ya *per lapsum temporis*, y *ex vi legis*, se halla absoluto dueño de la cosa con dominio irrevocable; y quando *aun transacto tempore præscriptionis* no sobreviniesse mala fee *nihil obest*, ni hace, que en conciencia se debe restituir, como es de todos los Theologos, y Canonistas, y lo funda con muchos D. Salgad. *de retent. 1. p. cap. 2. sect. 1. à n. 98.* y por los Theologos basta llevarlo el Principe de la Theologia, Doctor de la Verdad, Cherubin de la Iglesia, y Angel de las Escuelas mi Gran Padre, y Maestro Santo Thomàs *in Quolibet. 16. art. 26.* ibi: *Et ideo dicendũ quod si quis præscribat bona fide possidendo non tenetur ad restitutionem, etiam si sciat alienum fuisse post præscriptionem, quia lex potest aliquem pro peccato, & negligentia punire in re sua, & illam alteri dare, & concedere.* Y siendo este el argumento potissimo de la contra-

ria opinion, ut velut ejus Achiles, me parece queda totalmrnte resuelto; porque no reluce haver obrado con mala fee, ni con mala conciencia D. Bernardo en el contracto, antes con grande equidad, pues ofreciò en la escriptura, que si el dicho Don Bernardo huviesse redimido los tributos que tenian las tierras (como con efecto los redimiò) no estuviesse obligado el vendedor en el caso de la retrovendicion à exhibirle su principal, sino unicamente à pagarle el redito, que fue obrar cõ piedad. Y assi se deben cõciliar estas dos opiniones, diciẽdo, que los Authores q̃ extienden à infinidad el pacto con las palabras *en qualquira tiempo*, hablan si aliàs ha intervenido mala fee; porque por sola dicha clausula realmente no se incurre en mala fee, ni en mala conciencia, mientras no se ha ofrecido el precio *intra terminum legalem.*

57. Al 3. argumento de que lo facultativo no se prescribe, respondè lo primero el Sr. Covar. *dict. cap. 2. n. 9.* que las cosas que son de mera facultad publica, no se pueden prescribir, pero si las que son de mera facultad privada. Lo 2. que quando las cosas que son meræ facultatis miran precisamente al hecho, no se pueden prescribir: pero aquellas que son de nuestra facultad, por havernos competido por algun derecho, que entre nosotros se estipulò, estas se pueden prescribir, como el derecho de donde nacieron, y pone el exemplo en el derecho *ad eundi*, que es de nuestra facultad, y se prescribe; y Garcia *de nobilit. glos.* 35 *n.* 37. vers. *Septimo quia nobiles.* Responde lo 3. que quando las cosas que son de facultad nacen, ò se siguen de alguna accion, ò contracto, perecen por la prescripcion, que el mismo contracto, *ut in jure oferendi secundo creditori, in jure deliberandi, in jure retrahendi, in jure nominandi.* Con que no siendo la facultad de redimir, que pactò el vendedor perteneciente à causa publica, sino à utilidad privada; y consistiendo en derecho deducible en juicio, y no en mero hecho, y naciendo de la accion *ex vendito, vel præscriptis verbis*, no ay duda, que es prescriptible, como la misma accion, y derecho, como todo lo comprehendiò, con muchos que cita, D. Castillo *de tertiis, c.* 32. *n.* 14. *y* 15. y verdaderamente, que esse argumento *quia nihil probat, quia nimis probat*: pues se puede tambien hacer en el pacto absoluto de retrovender, aunque no tenga la clausula *en qualquier tiempo*; siendo assi, que entonces tambien es facultativo, sin prefixion de tiempo, y convienen todos, que es prescriptible, *unde facilè quilibet poterit retorquere.*

58. Al 4. de que fueran las palabras ociosas, responde Tiraquel. *dict. glos.* 2. *n.* 28. y con èl todos, que no ay inconveniente alguno en explicar lo que tacitamente se incluye en el contracto, ni semejante ex-

pres-

presion obra efecto alguno, como fundamos al *n.*52. *in fine*; y añade, que haviendo estado algunos tan estrechos, que quisieron, que el pacto siempre de retrovender se prescriba por 10. años, quos refert Hermosilla *ubi supra num.*9. las dichas palabras lo hacen extender hasta su vida legal.

59. A lo 5. del menor se responde, que quando muriò el vendedor tenian los herederos quasi 25. años; y assi mas facilmente procede la prescripcion, fuera de que es doctrina cierta, que la prescripcion si comenzò con el difunto, se continua, y perficiona con sus herederos, aunque sean menores; porque con ellos no se contratò cosa alguna, D. Vela *dissert.*48. *n.*17. Guzman *verit.*35. *n.*12. siendo esto en tanto grado verdadero, que en el caso de haver comenzado la prescripcion en vida del Testador, ni aun restitucion tiene el menor su heredero, aunque se haya cumplido en su tiempo. Fabro *in suo Codice, dict. de f.* 3. Gom. *var. cap.*2. *n.*27. vers. *Quæro tamen.* ubi Ayllon, Cardinalis de Luca *de Judiciis, disc.*21. *n.*28. Cancer. 1. *part. cap.*13. *à n.*57. y el Ayllon cita por esta opinion à Afflictis, Garcia, Caldas, Mena, y Barbosa *dict. leg.*2. *C. de pact. inter empt. & vend. n.*35. y si todos estos Authores tienen, que en este caso no le compete el beneficio de la restitucion al menor: como puede valerse D. Pedro de este remedio, principalmente, quando aunque le tuviesse el menor, no se le ha cedido, y han passado mas de los quatro años en que pudiera deducirse, como dice el Guzm. *dict. verit.*35. *num.*12.

60. Pero prescindiendo de todo lo dicho, para que tuviesse el menor restitucion en esta especie, no es bastante que no huviesse usado del pacto de retrovender, ò que lo huviesse renunciado, sino prueba tambien el menor alguna otra lesion ultra temporis lapsum, como fundò latissimamente el Sr. Larrea *decis.*70. *per totam*: y al *n.*16. pone la decision del gravissimo Senado de Granada, en donde se juzgò por esta opinion: Luego no haviendo probado D. Pedro, que el menor haya tenido otra lesion, que la del lapso del tiempo, nada ha probado, que impida la prescripcion, y con esto queda convencido, que la cesion que D. Diego de Ponte hizo à D. Pedro, es nula, por estar la accion prescripta, que era una de las razones, que dimos à la nulidad de la accion.

61. La segunda razon que señalamos en el §. 3. de la nulidad de dicha cesion, es por haverla hecho sin causa el dicho D. Diego al referido D. Pedro de la Torre; y que sea nula la cesion sin causa, defiende con la solidèz, y energia que suele D. Olea *de cess. juris, tit.*1. *q.*4. *per totam. ex text. in leg. Qui stipendia. C. de procurat. & ex leg.*64. *tit.*18. *part.*3.

*part.*3. Y la razon es; porque la ceſsion en las coſas incorporales, ſe tiene de la miſma ſuerte, que la tradicion en las corporales, porque no hay otro modo de entregar las coſas incorporales: v.g. los *derechos*, que por la ceſsion, y aſsi eſta en ellas tiene fuerza de tradicion: es cierto, que por la tradicion de las coſas corporales, no precediendo cauſa, y titulo juſto, no ſe transfiere el dominio, *ex. leg. Traditionibus. C. de pact.* Gom. 2. *var. cap.* 11. *n.* 3. Luego por la ceſsion ſin titulo, ni cauſa, no ſe transfiere el dominio de las coſas incorporales: Luego *per talem ceſsionem nihil agitur; dificilius enim acquiruntur incorpporalia quam corporalia. Leg.* 1. §. *fin. leg.* 2. *ff. pro Socio.* Todo es diſcurſo de el Sr. Olea, *ubi ſup. n.* 13. y al *n.* 23. y 24. dice, que todo procede tambien atento Jure Reali, ſin embargo de la *ley* 2. *tit.* 16 *lib.* 5. *Recop.* con Mantica, Gomez, Azevedo, Matienzo, Rodriguez, Gregorio Lopez, Valenzuela, Genoa, Gayto, Acoſta, Cancerio, Bayo, y otros que cita.

62. Que D. Diego de Ponte no haya tenido cauſa para la ceſsion, es evidente; porque la cauſa que ſeñala el inſtrumento (aunque *latet anguis in herba*) que es lo que fue à evitar la ley para anular las ceſsiones ſin cauſa, D. Olea *dict. quæſt.* 4. *n.* 25. y aſsi obliga in utroque foro; y aunque ſea jurada la ceſsion ſin cauſa, no vale *n.* 18. es porque ſe le acercan los treinta años; y que paſsados queda preſcripta la accion (ya confieſſa, q̃ la accion es preſcriptible, aun con las clauſulas *ſiempre*, y *quandocunque*, aunque ſe engaña en decir, que por treinta años, quando eſto procede por Derecho Civil; porque por el Real quedò preſcripta por los veinte, como diximos) y eſta verdaderamente es cauſa paliada; porque, ò eſtà ya preſcripta la accion por los veinte años, como es cierto, y entonces es falſa la cauſa, y nulo el efecto de la ceſsion, ò han de llegar los treinta de la preſcripcion, como ſupone el inſtrumento, y eſto es tambien infundamental: Lo 1. porque es lo que con tanto esfuerzo impugna D. Pedro, alegando, que la accion es perpetua, y que dura uſque in infinitum; y lo otro, porque el Sr. D. Bartholomè ſe ha hallanado à prorrogarle todo el tiempo que quiſiere, y pidiere: luego eſto es paliar cauſa, pero no tenerla; luego ſin cauſa juſta ſe hace la ceſsion, y conſiguientemente es nula.

63. La otra cauſa que alega Don Pedro con ſus eſcritos (aunque no baſta el alegarla, porque debia conſtar en el inſtrumento, como notò el Sr. Olea *n.* 26.) es porque no ſe graven las tierras con la Capellania: pero en el caſo que no eſtuviera preſcripta la accion, nada le dañaria eſta circunſtancia para la retrovencion; porque *retro empta re, omne jus extinguitur, quod res ipſa ſubjecta pacto retrovenditionis contraxerat penes emptorem.* Cyriac. *lib.* 2. *controv.* 308 *n.* 78. Hermoſill. *leg.* 42.

glos.7.& 8.n.10. Barbos. *dict.leg.2.C.de pact.int. empt. & vendit.n.55.* con que por todas razones es una cesion desnuda de causa, y justicia, como hecha por sola emulacion, y assi es nula.

64. Fuera de que, aunque es comun opinion, que el retracto convencional se puede ceder, siendo ex causa justa, D. Olea *tit.3. quæst.2. num.37. 38. y 39.* (aunque huvo quien sintiera lo contrario, como Angelo, Ruino, Gregorio Lop. apud Parlador. *in sex quic. diff. 109. num. 4.*) y algunos dixeron, que el Sessionario Iuris luendi, se prefiere al que comprò la cosa con el pacto de retrovender, como notò el Sr. Olea *ubi proxim. num.39.* con Giz. ad Capic. Lat. *decis.39. num.14.* es de advertir, que lo que quiere retraer Don Pedro (y lo que se le cedió, aunque nulamente) es una de las suertes, que fuera del tributo vale 205. reales, que es lo que tiene depositado, y lo que el señor Don Bartholomè tiene son tierras contiguas, que con la que pretende Don Pedro, valen 73 ℔ 334. reales, y por esta continuacion, y vecindad debe tener preferencia à Don Pedro, como con muchos dice Amato *part.2. resp.54. num.1.* con que por todos motivos debe ser excluso Don Pedro de su pretension, de que se infiere quan voluntariamente ha contradicho: y con esto passamos à fundar, que

§. IIII.

NI DON CHRISTOVAL CARRIASSO, NI D. FRANCISCO de la Torre son legitimos Contradictores, que puedan impugnar la possession aprehendida por el Sr. D. Bartholomè.

65. EN QVANTO A DON CHRISTOVAL CARriasso, que contradice; porque en su tiempo no se puede immutar cosa alguna de la escriptura de su Capellania, y que transmutarla de unos bienes à otros, es immutarla, se responde, que subrogarla en otros bienes igualmẽte seguros, no es immutarla, *quia subrogatum sapit naturam ejus in cujus locum subrogatur. Leg. Si eum. §. Qui injuriarum. ff. Siquis caut.* pluribus Barbos. *axiom. 213. num.1.* Lo 1. se responde, que aquello se debe entender salvas aquellas condiciones, especialmente estipuladas en la misma escriptura; porque la disposicion especial prevalece, y limita la general, *leg. Si cum prætor. §. Dulcissimis. ff. de legat. 2.* Barbos. *axiom. 73. num. 7.* ni la disposicion general comprehende el caso especialmente difinido. Barbos. *ibiden. num. 9. cum leg. Cum in testament. §. fin. de hæred. instit. leg. Servo misso. ff. de pec. legat.* con que haviendo el fundador especialmente dispuesto, y estipulado con el mismo Don Christoval, que se

pudiera redimir la Capellania, no puede prevalecer la clausula general, de q̃ en su vida no se immutasse cosa alguna; porque esto se debe entender en otras cosas dañosas à D. Christoval; y assi no tiene motivo justo para su contradiccion, principalmente quando conservado en la possession de las tierras el señor Don Bartholomè, vuelve à pagar la Capellania como antes, sin mudarse la mano del pagamento, que siempre es, y ha sido muy segura, como lo conoce el mismo Don Christoval, aunque ha contradicho, impelido de agenas influencias, que es bastante para que no sea su contradiccion apreciable. Carleval *de Judic. tit. 3. disp. 12. num. 18.*

66. En quanto à Don Francisco de la Torre, ademas de ser su contradiccion calumniosa, y por solo favorecer à Don Pedro de la Torre, su pariente, con quien se ha coadunado, y assi *non est admittenda. cap. Suscepta. 6. de ininteg. rest.* Carlev. *ibi sup. num.* 16. nò es legitimo Contradictor; porque aunque desde el *num.* 23. se fundò, que era legitimo Contradictor el que tenia igual titulo; y parece que tiene igual titulo Don Francisco, que el señor Don Bartholomè, pues tiene la administracion ex eodem testamento, no es lo proprio tener igual titulo que uno mismo; antes por medir su derecho Don Francisco por el mismo testamento que el señor Don Bartholomè, no puede ser su legitimo Contradictor, pues no puede contradecir el mismo titulo que tiene para su administracion, que es el proprio testamento de Don Bernardo de Fau, por donde tiene tambien el legado el señor Don Bartholomè, como se notò al *num.* 9. en este papel con el Card. de Luc. *de leg. disc. 6. num.* 5. ibi: *Cum contentio fit inter hæredem, & legatarium, quorum uterque veniat ex eodem testamento: : tunc hæres non dicitur legitimus Contradictor, dum ipse impugnare non potest illud judicium ex quo ejus jus metitur.*

67. Dice lo 1. Don Francisco, que se le havia de haver citado para el deposito, y no despues de haverse hecho: pero ultra de que en esto se engaña, pues no solo se le citò, sino que se le constituìa por depositario; y por haverse escusado se hizo en el Capitan D. Amaro Rodriguez Phelipe, y à essas subtilezas *recesserunt à praxi*, en donde se observa citar en las redempciones, para recibir la suerte ya consignada, y depositada, como advirtiò Felic. *de cens. 2. tom. lib. 4. cap. Vnico. num. 2.* ibi: *Praxi vero quotidiana recipitur ut citetur creditor non ad depositum faciendum, sed ad respiciendam sortem cum redditibus consignatam, & depositam.*

68. Dice lo 2. que no solo havia de depositar el señor Don Bartholomè la suerte principal, sino sus reditos, y de otra forma no se

puede

puede hacer la redempcion: pero se responde, que como los reditos pertenecen al Capellan, y no al Hospital, no debe Don Francisco pedirlos, ni deducirlos en juicio, por ser derecho de tercero, *& jus tertii excipiens non est audiendus. ex leg. Loci corpus. §. Competit. si servit vendicet.* D. Salgad. 2. *part. lab. cap.* 22. *num.* 62. *& interesse cessante non auditur agens. ex leg. Si unus. §. Ante omnia. ff. de pactis.* Barbos. *axiom.* 129. Principalmente, quando el Capellan ha dado recibo de todos los reditos, el qual se halla al *fol.* 73. con fecha de 23. de Octubre de el año de 1730. y assi por ellos no tendrà regresso contra el Hospital, ni contra Don Francisco, como su Administrador, ni huvo reditos que depositar.

69. Dice lo 3. que la possessiõn de las tierras es nula, porque debia ser de su mano, como quien representa al heredero, y que como tal tiene el *interdicto quorum legatorum*, para recuperar la possessiõn que el legatario por su propria authoridad huviesse adquirido del legado. Pero haviendo fundado en el §. 1. *Longa manu*, como el señor Don Bartholomè aprehendiò rectamente la possessiõn del legado, queda sin fuerza este argumento. Y aunque el heredero tiene contra el legatario el *interdicto quorum legatorum*, para recuperar la possessiõn del legado, es quando tiene que deducir la quarta falcidia, de forma, q̃ cessando esta causa, cessa en el heredero este remedio. *Sic ex leg.* 1. *ff. Quor. legat.* Menoch. *de adipiscend. dict. remed.* 2. *n.* 6. 67. *y* 71. y assi, para que pueda el heredero usar de este interdicto cõtra el legatario, es necessario que dè fianza de volver el legado *de tracta falcidia*, Menoch. *ibidem num.* 91. y como en nuestra especie no tiene que sacar el Administrador por los pobres la quarta falcidia; assi porque el equivalente de las tierras, que son 73 ℔ 334. reales (conservandose el señor Don Bartholomè en la possessiõn de ellas) vuelve à la herencia en beneficio de los pobres, y consiguientemente nada se les desfalca, como porque les ha quedado toda la herencia de Don Bernardo: de aì es, que no le compete à Don Francisco, como Administrador de el Hospital, tal remedio possessorio, y assi no puede turbar la adquirida por el señor Don Bartholomè, principalmente quando es comun opinion, que solo pudiera usar de este interdicto el heredero, si el legatario huviera ocupado el legado propria authoritate, y no quando le ocupò authoritate Judicis, como funda Menoch. *dict. rem.* 2. *à numer.* 82.

70. Dice lo 4. Don Francisco, que à èl, como Administrador de los herederos, le toca la eleccion del delgado; y que assi, hasta que esta precediesse no podia darse al señor Don Bartholomè la immis-

miſsion, y eſte es ſu fundamento principal, y aſsi reſpondo.

71. Lo 1. que haviendo de llevar el ſeñor Don Bartholomè tierras, que valgan los 73H334. reales que tiene exhibidos, no entra la queſtion de la eleccion, pues ſean eſtas, ò aquellas tierras, han de ſer en un miſmo intrinſeco valor; y por el valor extrinſeco, ò circunſtanciado, no ſe dà eleccion en la ſubſtancia, ſino ſolo en el modo de elegir, ſi deban ſer las mejores, ò peores, ò mediocres, q̃ es diſtinto punto, y ſe tratarà adelante. Aſsi lo notò el Card. de Luc. *de legat. diſc.* 13. *num.* 4. per hæc verba: *Verum in hac facti ſpecie opus non erat aſſumere hujuſmodi quæſtionem, ſiquidem non agebatur de legato domus, vel prædis, ſeu aliarum rerum ſimilium diverſæ naturæ, ſeu valoris ita ut magis expediret unam potius quam alteram habere, ſed agebatur de locis montium, quæ omnia eundem intrinſecum valorem habent, idemque genus conſtituunt, ſolumque adeſt aliqua accidentalis differentia inter unam, & alteram ſpeciem circa majorem, vel reſpectivè minorem valorem extrinſecum, unde propterea nihil refert, an electio ſit unius, vel alterius cum in eis non concurrat illa ratio afectionis, ſeu majoris commoditatis, quæ in ſpeciebus datur ultra intereſſe burſale, ideoque reducebatur quæſtio ad punctum ſuper modo eligendi (ſive ad legatarium ſive ad hæredem id ſpectaret) an ſcilicet eligenda, vel reſpectivè præſtanda eſſent meliora, vel deteriora aut media.* Con que no cayendo la eleccion ſobre la ſubſtancia, ſino ſobre el modo, no debiò preceder à la poſſeſsion adquirida.

72. Reſpondo lo 2. que aunque algunos quiſieron decir, que quando el legado es de coſas animadas, que tienen determinados fines à natura; v. g. *Si legetur bos, vel ſervus,* es la eleccion del legatario: pero quando es en coſas inanimadas; v.g. *Si legetur fundus, vel domus,* es la eleccion del heredero, *quia in rebus animatis puta in ſervis, vel animalibus, quandoque magis expedit non habere, quam habere morboſum, ſeu alias inutilem ob expenſam neceſſariam in alimonia, ſecus autem ubi agatur de rebus inanimatis in quibus dicta ratio non intrat, quoniam tunc quomodocunque hæres eligat, ſemper magis expedit habere, quam non habere.* como diſcurre el Card. de Luc. *de legat. diſc.* 12. *ſub num.* 8. no ay duda, que *quidquid dicat dictus graviſsimus Author num. ſeqq.* obſta gravemente el texto en el §. 22. *inſtit. de leg.* en donde, aunque ſe lege generalmente, el ſiervo (en *res animata*) ù otra qualquiera coſa (en *etiam res inanimata*) es la eleccion del legatario, ſi *generaliter ſervus, vel res alia legetur, electio legatarii eſt,* q̃ ſon palabras del texto, y concuerda *cum leg. Si domus* 71. *ff. de leg.* 1. ſi ſe ſe lega la coſa, que es coſa inanimada, y no tiene determinados limites à *natura,* ſino *facto hominis,* es la eleccion del legatario, ibi: *Si domus alicui ſimpliciter ſit legata, nec adjectum,*

que

quæ domus cogentur hæredes, quam vellet domum ex his, quas Testator habebat legatario dare. En donde no puede discurrirse, que el Jurisconsulto diò la eleccion à los herederos; porque entonces no dixera *vellet* en singular. Lo que tiene mayor fundamento despues que Justiniano igualò la naturaleza de los legados, dandoles à todos la accion reivindicativa, ò fueran *per vendicationem, vel per damnationem, vel finendi modo, vel per præceptionem.* §. 1. *inslit. de legatis. leg.* 1. *C. Communia. de legat.* porque aquel que tenia la accion vendicatoria tenia la eleccion, *ex text. in leg. Si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. y consiguientemente, si el legatario despues de la exequacion tiene la accion reivindicativa por todos los legados, debe en todos ellos tener la eleccion, como sintieron muchos.

73. Pero prescindiendo de estas dificultades, *nam qui plura desiderat videnda sunt* apud D. Castillo *de usufruct. cap. 9. à num.* 32. Gomez 1. *var. cap.* 12. *num.* 32. ubi Ayllon, el señor Vela *dissert.* 35. *numer.* 43. y à Vin. *in dict. §. Si generaliter. inst. de legat.* en nuestra especie no puede haver duda, en que la eleccion debe ser de el legatario; porque siempre el legado debe tener *aliquid utilitatis* al legatario. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 106. *num.* 16. y toma su interpretacion del mayor afecto, que tenga el legante al legatario, Barbos. *vot.* 38. *numer.* 18. y sabiendose que Don Bernardo de Fau quiso al señor Don Bartholomè como à su hijo; y que haviendo de entrar en las tierras exhibiendo su equivalente; no le resta otra utilidad, que la eleccion, no puede esta por ningun titulo negarsele.

74. Y lo ultimo se responde mas solidamente; porque suponiendo, que en la especie no es de atender la eleccion *quoad substantiam*, sino *quoad modum*: esto es, si debe ser en las mejores tierras, como fundamos al *num.* 72. con el Card. de Luc. es cierto, que siendo el legado ad causas pias, se debe discurrir, que se legò lo mejor. Menoch. *dict. præsumpt.* 106. *num.* 33. Cardinalis de Luca *de legat. dict. disc.* 12. *n.* 13. & *disc.* 13. *n.* 5. Gratian. *discept.* 611. *num.* 16. & *discept.* 700. *à num.* 12. Surdo *de alim. tit.* 8. *privil. g.* 25. *num.* 6. & *decis.* 298. *num.* 10. D. Castillo *de usufruct. dict. cap.* 9. *num. fin. ex text. in leg. Titia. §. Seya.* ubi Bart. *de aur. & arg. leg.* Con que siendo las tierras, para que de ellas se pague por el señor Don Bartholomè la Capellania; y siendo esta causa piadosa, deben ser las mejores, para que estè segura, cierta, y pagadera, como expressamente dice el Testador.

75. Ni basta el decir, que tambien el heredero, que son los pobres, es causa piadosa, y assi se conquasan los privilegios. Porque para que quedassen los privilegios conquasados, debian ser ambos igual-

mente

mente privilegiados *in genere*, & *in specie*; y aunque la causa pia es privilegiada en genero: pero no en la especie de heredero para dar por el legado piadoso, *quod minus est*, sic Card. de Luc. *dict. disc.* 13. *num.* 7. ibi: *Regula conquassationis privilegiorum procedit ubi ambo sunt privilegiati in genere, & in specie, atque ita uterque deducere potest privilegium activè, & passivè, & non alias, ut cæteris cumulatis.* Tiraq. *prov. piæ causæ.* 26. plenè Trentacinq. *lib.* 1. *var. de rescript. & privileg. res.* 1. *num.* 3. *Ideoque cum causa pia reperiatur in jure privilegiata, quando est legataria, & sic in specie consequendi ex legato quod majus, è converso autem non reperiatur privilegiata in specie eadem, quando est hæres præstandi quod minus ex privilegio, eo quia alias de jure quod majus præstare deberet, hinc proinde sequitur, ut cesset concursus privilegiorum, hinc inde & consequenter locus non sit regulæ.*

76. Fuera de que en el privilegio de las causas piadosas ay latitud, y grados, y debe preferir el espiritual al temporal, como tambien notò el Card. de Luc. *ubi proxim. num.* 8. con que siendo el caudal de la herencia para el remedio corporal de los pobres, y el legado de las tierras para la seguridad de la Capellania, que mira à su bien espiritual, pues es instituida para que el Capellan, assistiendo en el mismo Hospital les administre los Sacramentos, se halla el legado de mayor privilegio, que la herencia, quanto dista el bien espiritual al corporal de los mismos pobres, y assi debe ser de lo mejor; con que por todos titulos debe el señor Don Bartholomè ser amparado en la possession de las tierras, y apremiado Don Francisco à otorgar la redempcion, y à satisfacer las decursas al Capellan desde el dia de el deposito; porque solo por su culpa no ha entrado en la herencia el principal de los 73 ℔ 334. reales depositados, como lo espera en tan recto Tribunal, donde tiene la justicia el descanso de su throno. SIC SENTIO SALVO, &c. Laguna, y Julio 14. de 1731. años.

Lic. D. Joseph Jacinto de Loreto y Zumbada.

PARECER DEL LICENCIADO DON FRANCISCO JOSEPH *Mastrucio de Texada, Avogado de la Real Audiencia de esta mui Noble, y mui Leal Ciudad de Sevilla.*

1. DEsde luego que llegò à mis manos el papel en Derecho, escrito por el Licenciado Don Joseph Jacinto de Loreto y Zumbada, en defensa del Sr. Capitá de Cavallos Don Bartholomè de Casabuena, me dediquè, sin intermision, à leerlo, con la confianza de que seria obra correspondiente à las grandes noticias que tenia de su Author. Assi lo hallè verificado; y no pudiera ser menos, pues siendo los trabajos literarios hijos del ingenio, como partos suyos, es cosa natural, que no degeneren de quien los produce, como lo advirtiò discretamente Verino:

Sæpè Patris mores imitatur filius infans:
Qualis erit Mater, filia talis erit.

2. Leìlo, pues, una, y muchas veces, no solo por brindarle el gusto à mi deseo; sino porque haviendoseme encargado la defensa del pleito en la segunda instancia, me precisaba à ello mi obligacion; y aunque para cumplir con esta pudiera manifestar la justicia que le assiste al señor Don Bartholomè, con varios, eficaces fundamentos de derecho, sin embargo no lo hago, porque no me dexò que escribir el docto Author del papel.

3. No obstante, no por añadir, sino por decir algo, advierto, que por Don Francisco Chrysostomo de la Torre en el pedimento del *fol.* 132. se dixo, que todas las providencias dadas por el Vicario de la Laguna, eran nulas; mediante haver procedido sin comision del Señor Provisor del Obispado de Canaria, de la que necesitaba, como Vicario foraneo: cuya especie ahora se ha repetido por el mismo D. Francisco, y por Don Christoval de Cariaslo *fol.* 206.

4. Para responder con claridad se debe suponer, que los Vicarios de los Señores Arzobispos, y Obispos, unos son generales, y otros foraneos; y en ambos gravemente se disputa, si tengan jurisdiccion ordinaria, ò delegada. Que los Vicarios Generales tengan solamente jurisdiccion delegada, lo defendieron algunos, que refiere D. Gonzal. *in cap. Sua nobis, de offic. Vicarii, num.* 4. pero sin embargo lo cierto es, y lo mas fundado, que tienen jurisdiccion ordinaria, la qual se la dà immediatamente la *ley Immediationis virtutis*, aunque la adquieran del Obispo *immediationi supposìti.* D. Gonzal. *ubi sup. num.* 5. qui rectè explicat D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 13. Pat. Sanch. *de matrim. lib.* 3. *disp.* 29. *num.* 3.

5. La

5. La jurisdiccion de los Vicarios foraneos es delegada, D. Gonzal. *ubi supr.* Pat. Sanch. *ubi supr. num.* 10. lo qual se entiende en aquellos que se constituyen para uno, ò mas negocios particulares. La controversia es, si el Vicario foraneo dado *ad universitatem causarum*, tenga jurisdiccion ordinaria, ò delegada? Lo primero lo defendiò Sylvester verb. *Vicarius. quæst.* 4. D. Antonin. 3. *part. tit.* 19. *cap.* 10. §. 2. Lo segundo, que es lo mas cierto, lo afirma P. Sanch. *dict. num.* 10. con otros muchos que cita.

6. Tambien se debe notar, que Vicario General es, el que exerce la jurisdiccion ordinaria en el mismo lugar, y Tribunal, que el Obispo; pero si el Vicario es solo para alguna parte, ò lugar de la Diocesis, no serà General, sino foraneo, del qual ay apelacion para el Obispo; pero no del Vicario General; porque el Tribunal de este, y el del Obispo es uno mismo. Pat. Sanch. *ubi supr. à num.* 11. D. Valenzuel. *cons.* 192. *à num.* 8. y al *num.* 9. añade, ibi: *Vicarius Generalis includitur sub nomine Episcopi.*

7. Esto supuesto, no se niega, que el Vicario de la Laguna sea foraneo, y su jurisdiccion delegada; pero, ò bien se entienda foraneo para limitados negocios, ò bien *ad universitatem causaram*, tuvo jurisdidiccion para conocer de este pleito, y pudo, si huviera querido, determinarlo. Y es la razon, porque la jurisdiccion delegada para el conocimiento de èl, y de otros semejantes la adquiriò desde su institucion; esto es, desde que se le diò el nombramiento de tal Vicario.

8. Esto lo prueba el thenor del mismo titulo que se despacha à los Vicarios foraneos, el que trae à la letra Salzedo en su *Curia Ecclesiastica, fol. mihi* 14. y tiene esta clausula: *Podais usar, y exercer el dicho oficio de tal Vicario, y la jurisdiccion Ecclesiastica, que le compete, administrando à todos justicia, y conozcais de todas las causas matrimoniales, decimales, civiles, y criminales, y mixtas, que ante vos se causaren, y comenzaren, y las que estàn pendientes en primera instancia, y las demàs que por uso, y costumbre os pertenecen, y de que han conocido vuestros antecessoros, y las sentencieis, y determineis interlocutoria, y difinitivamente, &c.* Y nota al margen *litt. A.* que de esta forma es el titulo que se le despacha al Vicario de Madrid, el qual es foraneo, ut probat D. Valenz. *dict. cons.* 192. *num.* 7.

9. Algunos dicen, que ay otros Vicarios, que llaman *Pedaneos*, cuyo titulo lo trae el mismo Salzedo *fol.* 15. *B.* y tiene esta clausula: *Podais, como tal Vicario, oir, conocer, juzgar, y sentenciar interlocutoria, y difinitivamente todas las causas civiles, que ante vos vinieren, excepto las decimales, quando se tratare del derecho decimal, y las beneficiales, y ma-*

trimoniales, y criminales, las quales, y cada una de ellas reservamos à nos, y à nuestro Consejo, y Vicario General, &c. Mui mal llevò D. Valenz. *dict. num.* 7. que à los Vicarios se diesse el nombre de *Pedaneos*, que es el mismo que à algunos Jueces le acomodaban las leyes; y assi es de sentir, que todo el Vicario, que no es General, se debe llamar foraneo; porque para personas Eclesiasticas no es honesto, antes si erroneo el nombre de *Pedaneo*.

10. De esto deduzgo, y tengo por cierto, que los que quisieron constituir diferencia entre Vicarios foraneos, y Pedaneos, no es porque ambos no sean foraneos; sino porque entre estos ay unos, que, como queda dicho *num.* 5. se constituyen *ad universitatem causarum*, y otros à quienes se concede jurisdiccion limitada, lo qual lo puede hacer el Obispo, ut tenet D. Valenzuel. *num.* 6. ibi: *Non tamen Episcopus cogitur habere dictos Vicarios, & si velit, est in facultate illius tribuere amplam, vel coarctatam facultatem.* Con que esta distincion de nombres, aunque impropria, solo fue para distinguir lo mas, ò menos extenso de la jurisdiccion, como se conoce en los mismos titulos que propone Salzedo.

11. Yo no sè en qual de estas dos classes se hallarà el Vicario de la Laguna: aunque me parece, que siendo una Ciudad tan principal, y tan dilatado su Partido, no dexarà de tener su Vicario amplissimas facultades, como las tiene el de Madrid, Talavera, Alcaràz, y Salamanca, ut testatur D. Valenz. *ubi supr. n.* 8. & 19. Pero de qualquier modo que se considere; esto es, ò *ad universitatem causarum*, ò con las limitadas facultades que se dàn à los que llaman *Pedaneos*, lo que vemos es, que de lo que estos no pueden conocer, es de las causas decimales, beneficiales, matrimoniales, y criminales, como tambien lo apunta D. Valenzuel. *n.* 20. las quales no se les delegan, y antes si quedan reservadas à el Obispo en fuerza de la disposicion del Santo Cõcilio Tridentino *sess.* 24. *de reform. cap.* 20. §. *Ad hæc.* Luego no siendo este pleito de ninguna de estas especies, pudo mui bien el Vicario de de la Laguna seguirlo, y aun determinarlo, en cuya posseсion ha estado, y està en semejantes pleitos.

12. Sin que obste, que en el auto que el dicho Vicario proveyò à la vuelta del *fol.* 129. estando ya el pleito en estado de sentencia, dixesse, *que por su naturaleza debia hacer, è hizo remision de estos autos à el Sr. Provisor de aquel Obispado*; pues esto pudo prevenir de no querer determinar el pleito por lo arduo de èl; y en siendo de esta calidad es bueno que los determinen los mas superiores Jueces. D. Solorz. *de Jure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 28. *à n.* 11. ò por la circunstancia de las partes que liti-

litigan,ò por otro motivo. Y si creyò carecer de jurisdiccion, porque el Capellan de la Capellania havia salido al pleito haciendo sus defensas, y por esto quiso contemplar esta materia como beneficial,padeciò equivocacion, pues nunca se atiende, ni le dà el sèr à las cosas lo que *incidenter*, *vel inconsequentiam venit*, sino lo que *principaliter agitur*. D. Castill. *lib.5. controv. cap.* 156. Gonzal. *in reg.*8. *glos.*45. §.1. *num.* 35. Tiraquel. *intit. C. res inter alias acta.* vers.*Sed hæc, & seqq.*

13. Por esto las partes mismas, que oy publican el defecto de jurisdiccion, litigaron, alegaron, y presentaron instrumentos ante el Vicario, y sin la menor protesta: y sobre todo, aun quando absolutamente huviera faltado la jurisdicion, pregunto: No es cierto, que despues de remitidos los autos al señor Provisor del Obispado de Canaria, volvieron las partes à alegar de su justicia, refiriendo, y reproduciendo los instrumentos presentados, y demàs actuado, y volviendo à tocar todos los puntos, y dificultades del pleito? Assi consta desde el *fol.* 143. hasta el 165. Pues si esto es assi, à que se sale ahora con la nulidad de lo hecho por el Vicario foraneo, quando ante el señor Provisor se repitiò lo mismo, y casi se volviò à seguir el juicio de nuevo? Esto es querer circulos viciosos, y hacer un pleito infinito, lo que no debe permitirse. *Cap. fin. de dolo, & contumatia.* D. Olea *decis. tit.* 5. *quæst.* 14. *num.*40. mayormente quando, segun derecho, lo mismo debia haver practicado el señor Provisor,que practicò el Vicario; circunstancia tal esta, que hace que se desestimen todas las nulidades. Cancer. 3. *var. cap.* 17. *num.*561. & 562.

14. Ultimamente es digna de reparo la implicacion, que contiene el auto del señor Provisor; porque, ò apreciò la nulidad por defecto de jurisdiccion en el Vicario, ò no? Si lo segundo; para què fue poner à las partes en el estado, y derecho, que tenian antes que se diesse la primera peticion? Y si lo primero, como en parte determinò el litigio, mandando que se otorgasse escriptura de devolvimiento de las tierras à favor de Don Pedro de la Torre? Esta es implicacion manifiesta, que no debe, ni puede tolerarse.

Mediante lo qual juzgo, q̃ el Sr.D.Bartholomè puede esperar providencia favorable, y que se le mande dar el amparo de la possession, que tiene tomada, mayormente, exponiendo ahora sus fundamentos à la superior justificacion,è inteligencia del Sr.Provisor,y Vicario General de este Arzobispado,*cui omnia libenter subjicimus.*Sevilla,y Agosto 25. de 1732.años.

Lic.D.Francisco Joseph Mastrucio de Texada.